

192. INMUNIDADES JURISDICCIONALES DEL ESTADO (ALEMANIA CONTRA ITALIA: INTERVENCIÓN DE GRECIA)

Fallo de 3 de febrero de 2012

El 3 de febrero de 2012, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo en el caso relativo a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania contra Italia: intervención de Grecia)*.

La composición de la Corte era la siguiente: Presidente: Owada; Vicepresidente: Tomka; Magistrados: Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Gaja; Secretario: Couvreur.

*
* *

El párrafo dispositivo (párr. 139) del fallo es el siguiente:

“... ”

LA CORTE,

1) Por 12 votos contra tres,

Considera que la República Italiana ha incumplido su obligación de respetar la inmunidad de que goza la República Federal de Alemania en virtud del derecho internacional al permitir que se interpongan contra ella demandas civiles fundadas en violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por el Reich alemán entre 1943 y 1945;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Greenwood, Xue, Donoghue;

VOTOS EN CONTRA: Magistrados Cañado Trindade, Yusuf; Magistrado *ad hoc* Gaja;

2) Por 14 votos contra uno,

Considera que la República Italiana ha incumplido su obligación de respetar la inmunidad de que goza la República Federal de Alemania en virtud del derecho internacional al adoptar medidas coercitivas contra Villa Vigoni;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Gaja;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado Cañado Trindade;

3) Por 14 votos contra uno,

Considera que la República Italiana ha incumplido su obligación de respetar la inmunidad de que goza la República Federal de Alemania en virtud del derecho internacional al declarar ejecutables en Italia las decisiones de tribunales griegos basadas en violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en Grecia por el Reich alemán;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Gaja;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado Cañado Trindade;

4) Por 14 votos contra uno,

Considera que la República Italiana, mediante la promulgación de una legislación apropiada o recurriendo a otros métodos de su elección, debe velar por que dejen de surtir efecto las decisiones de sus tribunales y las de otras autoridades judiciales que vulneren la inmunidad de que goza la República Federal de Alemania en virtud del derecho internacional;

VOTOS A FAVOR: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; Magistrado *ad hoc* Gaja;

VOTOS EN CONTRA: Magistrado Cañado Trindade;

5) Por unanimidad,

Rechaza todas las demás peticiones de la República Federal de Alemania.”

*
* *

Los Magistrados Koroma, Keith y Bennouna adjuntaron opiniones separadas al fallo de la Corte; los Magistrados Cañado Trindade y Yusuf adjuntaron opiniones disidentes al fallo de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Gaja adjuntó una opinión disidente al fallo de la Corte.

*
* *

I. *Antecedentes históricos y fácticos del caso* (párrs. 20 a 36)

La Corte recuerda que, el 23 de diciembre de 2008, la República Federal de Alemania (en lo sucesivo “Alemania”) presentó en la Secretaría de la Corte una demanda contra la República Italiana (en lo sucesivo, “Italia”) con respecto a la controversia originada en “incumplimientos de las obligaciones en virtud del derecho internacional” cometidos presuntamente por Italia por conducto de su práctica judicial “por cuanto no ha respetado la inmunidad de jurisdicción de la que... goza Alemania en virtud del derecho internacional”. La Corte recuerda además que, mediante una Providencia de 4 de julio de 2011, la Corte autorizó a Grecia a intervenir en las actuaciones sin carácter de parte, en la medida en que esa intervención se limitara a las decisiones de los tribunales

griegos, que fueron declaradas ejecutables en Italia. A continuación, la Corte describe brevemente los antecedentes históricos y fácticos del caso y, en particular, las actuaciones entabladas ante los tribunales italianos por nacionales italianos y griegos.

II. *El objeto de la controversia y la competencia de la Corte* (párrs. 37 a 51)

Alemania solicita a la Corte, en esencia, que considere que Italia no ha respetado la inmunidad de jurisdicción de que goza Alemania en virtud del derecho internacional al permitir que se entablaran demandas civiles contra ella ante los tribunales italianos, en las que se solicitó la reparación por perjuicios causados por violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por el Reich alemán durante la segunda guerra mundial; que Italia también ha violado la inmunidad de Alemania mediante la adopción de medidas coercitivas contra Villa Vigoni, propiedad del Estado alemán situada en territorio italiano; y que Italia ha infringido asimismo la inmunidad de jurisdicción de Alemania al declarar ejecutables en Italia las decisiones de los tribunales civiles griegos dictadas contra Alemania sobre la base de actos similares a los que dieron lugar a demandas interpuestas ante tribunales italianos.

Italia, por su parte, solicita a la Corte que resuelva que las pretensiones de Alemania son infundadas y, por lo tanto, las rechace, aparte de la petición con respecto a las medidas coercitivas instituidas contra Villa Vigoni, en cuyo punto el demandado indica a la Corte que no tendría objeción a que esta le ordenara la revocación de dichas medidas. En su contramemoria, Italia presentó una reconvenición “con respecto a la cuestión de la reparación debida a las víctimas italianas de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas por las fuerzas del Reich alemán”; esta pretensión fue desestimada en la Providencia de la Corte de 6 de julio de 2010, en razón de que no estaba comprendida en la competencia de la Corte y, en consecuencia, era inadmisibles de conformidad con el párrafo 1 del artículo 80 del reglamento de la Corte.

La Corte recuerda que la demanda de Alemania se presentó al amparo del artículo 1 del Convenio europeo sobre el arreglo pacífico de controversias, de conformidad con el cual:

“Las Altas Partes Contratantes someterán a la Corte Internacional de Justicia todas las controversias internacionales de orden jurídico que puedan surgir entre ellas, incluidas, en particular, las relativas a:

- a) La interpretación de un tratado;
- b) Cualquier cuestión de derecho internacional;
- c) La existencia de cualquier hecho que, de quedar probado, constituiría un quebrantamiento de una obligación internacional;

d) La naturaleza o la extensión de la reparación que haya de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.”

La Corte observa que el apartado a) del artículo 27 del mismo Convenio limita el alcance de dicho instrumento *ratione temporis* cuando dice que no se aplicará “A las controversias que versen sobre hechos o situaciones anteriores a la entrada en vigor del presente Convenio entre las Partes en la controversia”. La Corte señala a este respecto que el Convenio entró en vigor entre Alemania e Italia el 18 de abril de 1961.

Habiendo observado que las demandas presentadas por Alemania se relacionan con “controversias internacionales de orden jurídico”, en el sentido del artículo 1 citado *supra*, entre dos Estados que eran Partes en el Convenio europeo en la fecha en que se presentó la demanda, la Corte considera que la cláusula del artículo 27 antes citado que impone una limitación *ratione temporis* no es aplicable a las reclamaciones de Alemania. En verdad, los “hechos o situaciones” que han dado lugar a la controversia que la Corte tiene ante sí están constituidos por las decisiones judiciales italianas que denegaron a Alemania la inmunidad de jurisdicción que invocaba y por las medidas coercitivas aplicadas a bienes de propiedad de Alemania. La Corte observa, sin embargo, que esas decisiones y medidas fueron adoptadas entre 2004 y 2011, es decir, mucho después de que el Convenio europeo entrara en vigor entre las Partes. La Corte, por lo tanto, tiene competencia para conocer de la controversia.

La Corte observa que si bien no han estado en desacuerdo con el análisis antes expuesto, las Partes han debatido, por otro lado, el alcance de la competencia de la Corte en el contexto de algunos de los argumentos aducidos por Italia y en relación con el presunto incumplimiento por Alemania de su obligación de indemnizar a las víctimas italianas y griegas de los crímenes cometidos por el Reich alemán en 1943-1945. Señala a este respecto que, a pesar de que ya no está llamada a pronunciarse sobre la cuestión de si Alemania tiene una obligación de reparación para con las víctimas italianas de los crímenes cometidos por el Reich alemán, después de haber decidido, en la Providencia de 6 de julio de 2010, que la reconvenición de Italia era inadmisibles, la Corte debe, no obstante, determinar si el hecho de que un Estado no haya cumplido integralmente una obligación de reparación que presuntamente le incumbe puede tener un efecto, en derecho, sobre la existencia y el alcance de la inmunidad de jurisdicción de ese Estado ante tribunales extranjeros. La Corte observa que si esta respuesta es afirmativa, la segunda cuestión será la de saber si en las circunstancias concretas del caso, teniendo en cuenta especialmente la conducta de Alemania sobre la cuestión de la reparación, los tribunales italianos tenían fundamento suficiente para dejar de lado la inmunidad de Alemania.

III. *Presuntas violaciones de la inmunidad de jurisdicción de Alemania en las actuaciones entabladas por demandantes italianos* (párrs. 52 a 108)

La Corte examina en primer lugar las cuestiones planteadas en la primera petición de Alemania, a saber, si al ejercer competencia sobre Alemania en relación con las demandas que habían interpuesto ante ellos diversos demandantes italianos, los tribunales italianos actuaron en incumplimiento de la obligación de Italia de acordar inmunidad de jurisdicción a Alemania.

1. *Las cuestiones ante la Corte* (párrs. 52 a 61)

La Corte comienza por observar que las actuaciones ante los tribunales italianos tienen su origen en actos perpetrados por las fuerzas armadas alemanas y otros órganos del Reich alemán. Distingue tres categorías de casos: la primera se refiere a la matanza en gran escala de civiles en territorios ocupados, como parte de una política de represalias, ejemplificada por las matanzas perpetradas el 29 de junio de 1944 en Civitella in Val di Chiana, Cornia y San Pancrazio por miembros de la división “Hermann Göring” de las fuerzas armadas alemanas, que comprendieron la matanza de 203 civiles tomados como rehenes después de que combatientes de la resistencia habían matado a cuatro soldados alemanes unos pocos días antes; la segunda implica a miembros de la población civil que, al igual que el Sr. Luigi Ferrini, fueron deportados desde Italia a lo que esencialmente era trabajo esclavo en Alemania; la tercera se refiere a miembros de las fuerzas armadas italianas a quienes se les denegó el estatuto de prisionero de guerra, junto con las protecciones que ese estatuto entrañaba, a las que tenían derecho, y quienes igualmente fueron empleados como trabajadores forzosos.

Si bien la Corte considera que no puede haber duda alguna de que esa conducta constituyó una grave violación del derecho internacional de los conflictos armados aplicable en 1943-1945, estima que no se le pide que decida si estos actos eran ilícitos, un punto que no se discute, sino si, en las actuaciones relativas a las demandas por indemnización que se derivaron de esos actos, los tribunales italianos estaban obligados a conceder inmunidad a Alemania. En ese contexto, la Corte observa que existe un grado considerable de acuerdo entre las Partes en cuanto a que la inmunidad se rige por el derecho internacional y no es una mera cuestión de cortesía internacional. Declara que, entre las Partes, el derecho a la inmunidad puede derivarse solo del derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, la Corte debe determinar, de conformidad con el inciso b) del párrafo 1 del artículo 38 de su Estatuto, si existe “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho” que confiera inmunidad a los Estados y, en caso afirmativo, cuáles son el ámbito y la extensión de esa inmunidad.

La Corte observa que, aunque en el pasado ha habido un gran debate acerca de los orígenes de la inmunidad del Estado y la determinación de los principios que la susten-

tan, la Comisión de Derecho Internacional (en adelante la “CDI”) concluyó en 1980 que la regla de la inmunidad del Estado había sido “adoptada... como una regla general de derecho internacional consuetudinario con una base sólida en la práctica actual de los Estados”. A juicio de la Corte, esa conclusión, que se basó en un amplio estudio de la práctica de los Estados, encuentra confirmación en el historial de la legislación nacional, la jurisprudencia y las observaciones de los Estados respecto del texto que luego pasó a ser la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (en adelante la “Convención de las Naciones Unidas”). Esa práctica demuestra que, ya sea para invocar la inmunidad para sí mismos o concederla a terceros, los Estados suelen fundarse en que existe un derecho a la inmunidad en virtud del derecho internacional, junto con la correspondiente obligación de los demás Estados de respetar y aplicar dicha inmunidad.

La Corte observa que las Partes están, pues, de acuerdo en general respecto de la validez e importancia de la inmunidad del Estado como parte del derecho internacional consuetudinario. Toma nota de que sus puntos de vista difieren, sin embargo, respecto de si, como sostiene Alemania, el derecho aplicable es el que determinó el ámbito y la extensión de la inmunidad del Estado en 1943-1945, es decir, en el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a las actuaciones ante los tribunales italianos o, como aduce Italia, el que se aplicaba en el momento en que se incoaron esas actuaciones. La Corte declara que, de conformidad con el principio enunciado en el artículo 13 del proyecto de artículos de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la compatibilidad de un acto con el derecho internacional se puede determinar únicamente por referencia al derecho en vigor en el momento en que se produjo el hecho. Puesto que los actos italianos pertinentes, a saber, la denegación de la inmunidad y el ejercicio de la competencia de los tribunales italianos, no se produjeron hasta que se incoaron las actuaciones ante los tribunales italianos, la Corte concluye que se debe examinar y aplicar el derecho sobre la inmunidad del Estado tal como este existía en el momento de las actuaciones italianas y no el que existía en 1943-1945. En apoyo de esa conclusión, la Corte añade que el derecho sobre la inmunidad es esencialmente de naturaleza procesal; regula el ejercicio de la competencia respecto de una conducta en particular y, por lo tanto, es totalmente distinto del derecho sustantivo que determina si esa conducta es lícita o ilícita.

La Corte observa que las Partes discrepan también en cuanto al ámbito y la extensión de la regla de la inmunidad del Estado. Aunque ambas Partes coinciden en que los Estados generalmente tienen derecho a inmunidad respecto de los *acta jure imperii*, no están de acuerdo en cuanto a si la inmunidad es aplicable a los actos cometidos por las fuerzas armadas de un Estado (y de otros órganos de ese Estado que actúan en cooperación con las fuerzas armadas) en el curso

de un conflicto armado. Alemania sostiene que la inmunidad es aplicable y que no hay ninguna limitación pertinente sobre la inmunidad a la que tiene derecho un Estado en relación con los *acta jure imperii*. Italia, por su parte, sostiene que Alemania no tiene derecho a inmunidad respecto de las causas ante los tribunales italianos por dos razones: primera, que la inmunidad en cuanto a los *acta jure imperii* no se extiende a actos ilícitos o delitos que producen la muerte, lesiones personales o daños a la propiedad cometidos en el territorio del Estado del foro y, segunda, que, con independencia del lugar en que se produjeron los actos en cuestión, Alemania no tenía derecho a inmunidad porque esos actos constituían las más graves violaciones de las normas imperativas de derecho internacional para las cuales no existían otros medios de reparación. La Corte examina cada uno de los argumentos de Italia.

2. *Primer argumento de Italia: el principio de territorialidad del perjuicio* (párrs. 62 a 79)

La Corte estima que en las presentes actuaciones no se le pide que dirima la cuestión de si en el derecho internacional consuetudinario existe una “excepción por responsabilidad civil” a la inmunidad del Estado aplicable a los *acta jure imperii* en general. La cuestión que la Corte tiene ante sí se limita a actos cometidos en el territorio de un Estado por las fuerzas armadas de un Estado extranjero y otros órganos de Estado que actúan en cooperación con esas fuerzas armadas, en el curso de un conflicto armado.

La Corte comienza por examinar si el artículo 11 del Convenio Europeo o el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas ofrecen algún sustento a la alegación de Italia de que los Estados ya no tienen derecho a la inmunidad en relación con el tipo de actos descritos *supra*. Explica que, por cuanto ninguno de estos instrumentos está en vigor entre las Partes en el presente caso, solo son pertinentes en la medida en que sus disposiciones y el proceso de su aprobación y aplicación esclarecen el contenido del derecho internacional consuetudinario.

El artículo 11 del Convenio Europeo establece el principio de territorialidad del perjuicio en términos generales:

“Un Estado Contratante no puede invocar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado Contratante si las actuaciones se refieren a la reparación de un daño corporal o material resultante de un hecho ocurrido en el territorio del Estado del foro y si el autor de la lesión o el daño estaba presente en ese territorio en el momento de ocurrir ese hecho.”

La Corte observa que dicha disposición debe, sin embargo, interpretarse a la luz del artículo 31, que reza como sigue:

“Ninguna de las disposiciones del presente Convenio afectará a ninguna de las inmunidades o privilegios de que goce un Estado Contratante con respecto a algo que hayan hecho u omitido hacer sus fuerzas armadas presentes en

el territorio de otro Estado Contratante, o en relación con dichas fuerzas armadas.”

La Corte considera que el artículo 31 excluye del ámbito del Convenio todas las actuaciones judiciales relativas a los actos de las fuerzas armadas extranjeras, independientemente de que esas fuerzas estén presentes en el territorio del foro con el consentimiento del Estado del foro y de que sus actos tengan lugar en tiempos de paz o en situaciones de conflicto armado. Considera que el artículo 31 surte efecto como “cláusula de salvaguardia”, con el resultado de que la inmunidad de un Estado por los actos de sus fuerzas armadas está completamente al margen del Convenio y se tiene que determinar por referencia al derecho internacional consuetudinario. A juicio de la Corte, sin embargo, la consecuencia es que no se puede interpretar que la inclusión del “principio de territorialidad del perjuicio” en el artículo 11 del Convenio sirve de sustento al argumento de que un Estado no tiene derecho a gozar de inmunidad por actos ilícitos cometidos por sus fuerzas armadas.

La Corte observa que, a diferencia del Convenio Europeo, la Convención de las Naciones Unidas no contiene ninguna disposición expresa que excluya de su ámbito de aplicación a los actos de las fuerzas armadas. Sin embargo, el comentario de la CDI sobre el texto del artículo 12¹ dice que la disposición no es aplicable a las “situaciones de conflicto armado”. La Corte observa que ningún Estado cuestionó esta interpretación y que dos de los Estados que hasta ahora han ratificado la Convención hicieron declaraciones en términos idénticos respecto de su entendimiento de que la Convención no se aplica a las acciones militares, incluidas las acciones de las fuerzas armadas durante un conflicto armado y las actividades realizadas por las fuerzas militares de un Estado en el ejercicio de sus funciones oficiales. La Corte concluye que no se puede interpretar que la inclusión del artículo 12 en la Convención sirve de sustento al argumento de que el derecho internacional consuetudinario deniega la inmunidad del Estado en las actuaciones judiciales por responsabilidad civil en relación con los actos que produzcan la muerte, lesiones personales o daños a la propiedad cometidos en el territorio del Estado del foro por las fuerzas armadas y los órganos conexos de otro Estado en el contexto de un conflicto armado.

En cuanto a la práctica de los Estados que plasma en la legislación nacional, la Corte observa que nueve de los diez Estados mencionados por las Partes que han legislado específicamente sobre la cuestión de la inmunidad del Estado han

¹ El artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas reza como sigue:

“Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a una acción de indemnización pecuniaria en caso de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes tangibles, causados por un acto o una omisión presuntamente atribuible al Estado, si el acto o la omisión se ha producido total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión.”

sancionadas disposiciones en el sentido de que un Estado no tiene derecho a inmunidad respecto de actos ilícitos que produzcan la muerte, lesiones personales o daños a la propiedad y que se cometan en el territorio del Estado del foro. La Corte observa que dos de estas leyes contienen disposiciones que excluyen del ámbito de su aplicación a las actuaciones judiciales relativas a los actos de las fuerzas armadas extranjeras. Observa además que, si bien ninguno de los otros siete Estados mencionados por las Partes dispone en su legislación sobre los actos de las fuerzas armadas, no se han entablado acciones ante los tribunales para aplicar esa legislación en un caso en que estuvieran involucradas las fuerzas armadas de un Estado extranjero y los órganos conexos del Estado, actuando en el contexto de un conflicto armado.

La Corte examina seguidamente la práctica de los Estados que plasma en los fallos de los tribunales nacionales con respecto a la inmunidad del Estado en relación con los actos de las fuerzas armadas. A juicio de la Corte, la práctica abona la tesis de que la inmunidad del Estado para los *acta jure imperii* se continúa aplicando a las actuaciones judiciales civiles relacionadas con actos que producen la muerte, lesiones personales o daños a la propiedad cometidos por las fuerzas armadas y otros órganos de un Estado en el curso de un conflicto armado, aun cuando los actos pertinentes se ejecuten en el territorio del Estado del foro. La Corte observa que esa práctica va acompañada de *opinio juris*, como lo demuestran las posiciones adoptadas por los Estados y la jurisprudencia de varios tribunales nacionales que han dejado en claro que consideraban que el derecho internacional consuetudinario exigía la inmunidad. Considera que la ausencia casi completa de jurisprudencia contraria es también significativa, como lo es la ausencia de declaraciones de los Estados en relación con la labor de la CDI sobre la inmunidad de los Estados y la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas o, en la medida en que la Corte ha podido descubrir, en cualquier otro contexto en el sentido de que el derecho internacional consuetudinario no exige inmunidad en esos casos.

En vista de lo antes expuesto, la Corte concluye que el derecho internacional consuetudinario sigue exigiendo que se confiera inmunidad a un Estado en las actuaciones judiciales por actos lesivos presuntamente cometidos en el territorio de otro Estado por sus fuerzas armadas y otros órganos del Estado en el curso de un conflicto armado. Añade que esta conclusión encuentra confirmación en los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En consecuencia, la Corte considera que la decisión de los tribunales italianos de denegar inmunidad a Alemania no puede justificarse sobre la base del principio de territorialidad del perjuicio.

3. Segundo argumento de Italia: el objeto y las circunstancias de las demandas presentadas ante los tribunales italianos (párrs. 80 a 106)

La Corte observa que el segundo argumento de Italia que, a diferencia de su primer argumento, se aplica a todas las

demandas presentadas ante los tribunales italianos, es que la denegación de inmunidad se justificaba por la especial naturaleza de los actos que habían constituido el objeto de las demandas ante los tribunales italianos y las circunstancias en que se habían presentado dichas demandas. Este argumento se compone de tres vertientes. En primer lugar, Italia sostiene que los actos que dieron lugar a las demandas constituían violaciones graves de los principios de derecho internacional aplicables a la conducción de un conflicto armado, equivalentes a crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. En segundo lugar, Italia afirma que las normas de derecho internacional infringidas por esos actos eran normas imperativas (*jus cogens*). En tercer lugar, Italia aduce que, dado que a los demandantes se les habían denegado todas las demás formas de reparación, el ejercicio de la competencia por los tribunales italianos era necesario como medida de última instancia. La Corte examina sucesivamente cada una de estas vertientes, al tiempo que reconoce que, en el juicio oral, Italia adujo que los tribunales habían tenido derecho a denegar la inmunidad a Alemania a causa del efecto combinado de estas tres vertientes.

La gravedad de las violaciones (párrs. 81 a 91)

La Corte observa que la primera vertiente se basa en la tesis de que el derecho internacional no concede inmunidad a un Estado, o al menos restringe su derecho a la inmunidad, cuando ese Estado ha cometido violaciones graves del derecho aplicable a los conflictos armados. Recuerda que, en el presente caso, la Corte ya ha aclarado que las acciones de las fuerzas armadas alemanas y de otros órganos del Reich alemán que dieron lugar a las actuaciones ante los tribunales italianos fueron violaciones graves del derecho aplicable a los conflictos armados, que constituían crímenes de derecho internacional. A juicio de la Corte, la cuestión, por lo tanto, se refiere a saber si el efecto de esta circunstancia es privar a Alemania de su derecho a la inmunidad.

La Corte comienza por averiguar si el derecho internacional consuetudinario se ha desarrollado hasta el punto en que un Estado carece de derecho a la inmunidad en el caso de violaciones graves de los derechos humanos o del derecho aplicable a los conflictos armados. Después de examinar la práctica internacional y de los Estados, la Corte concluye que, en virtud del derecho internacional consuetudinario en su forma actual, un Estado no queda privado de la inmunidad por el hecho de que se le acuse de violaciones graves de la normativa internacional sobre derechos humanos o del derecho aplicable a los conflictos armados. Para llegar a esa conclusión, la Corte hace hincapié en que únicamente se ocupa de la inmunidad del Estado mismo frente a la competencia de los tribunales de otros Estados; en el presente no se discute la cuestión de saber si, y en caso afirmativo en qué medida, la inmunidad se podría aplicar en actuaciones penales contra un funcionario del Estado.

La relación entre el jus cogens y la regla de la inmunidad del Estado (párrs. 92 a 97)

La Corte examina seguidamente la segunda vertiente del argumento de Italia, que hace hincapié en la naturaleza de *jus cogens* de las normas incumplidas por Alemania durante el período 1943-1945. Observa que esta vertiente del argumento reposa en la premisa de que existe un conflicto entre las normas de *jus cogens* que forman parte del derecho aplicable a los conflictos armados y el reconocimiento de inmunidad a Alemania. Según Italia, por cuanto las reglas de *jus cogens* siempre tienen primacía sobre cualquier norma incompatible del derecho internacional, y dado que la regla que otorga inmunidad a un Estado ante los tribunales de otro Estado no tiene la condición de regla de *jus cogens*, la regla de la inmunidad queda superada.

La Corte opina que no hay conflicto entre una norma o normas de *jus cogens* y la regla de derecho consuetudinario que obliga a un Estado a conceder inmunidad a otro Estado. Suponiendo para este propósito que las normas del derecho aplicable a los conflictos armados que prohíben la matanza de civiles en territorio ocupado, la deportación de habitantes civiles para someterlos a trabajo esclavo y la de prisioneros de guerra para someterlos a trabajo esclavo son normas de *jus cogens*, la Corte estima que no hay conflicto entre esas reglas y las normas sobre inmunidad del Estado. Los dos conjuntos de reglas se aplican a cuestiones diferentes. Las reglas de la inmunidad del Estado son de carácter procesal y están limitadas a determinar si los tribunales de un Estado pueden o no ejercen su competencia respecto de otro Estado. No se aplican a la cuestión de saber si la conducta respecto de la cual se incoan las actuaciones judiciales fue lícita o ilícita. Por esa razón, la aplicación del derecho contemporáneo de la inmunidad del Estado a las actuaciones judiciales relativas a acontecimientos que sucedieron en 1943-1945 no vulnera el principio de que la ley no debe aplicarse retroactivamente para determinar las cuestiones de legalidad y responsabilidad.

La Corte observa que en el presente caso la violación de las normas que prohíben el homicidio, la deportación y el trabajo esclavo ocurrió en el período 1943-1945. La ilegalidad de estos actos es francamente reconocida por todos los interesados. La aplicación de las normas de la inmunidad del Estado para determinar si los tribunales italianos tienen competencia para conocer de las demandas derivadas de esas violaciones no puede involucrar un conflicto con las normas que se incumplieron. La Corte añade que el argumento acerca de que el *jus cogens* desplaza el derecho de la inmunidad del Estado ha sido rechazado por los tribunales nacionales. Declara que los fallos de los tribunales italianos que son objeto de las presentes actuaciones son las únicas decisiones de tribunales nacionales que han aceptado el razonamiento en que se funda el argumento de Italia. Señala, además, que ninguna de las leyes nacionales sobre la inmunidad del Estado ha limitado la inmunidad en los casos en que se alegan violaciones del *jus cogens*.

La Corte concluye que, incluso en el supuesto de que las actuaciones ante los tribunales italianos se hubieran referido a violaciones de las normas de *jus cogens*, ello no afectó la aplicabilidad del derecho internacional consuetudinario sobre la inmunidad del Estado.

El argumento de “última instancia” (párrs. 98 a 104)

La Corte toma nota de que la tercera y última vertiente de la argumentación de Italia es que los tribunales italianos tuvieron fundamento para denegar a Alemania la inmunidad a la que de otro modo hubiera tenido derecho, porque habían fracasado todos los intentos para obtener indemnizaciones para los diversos grupos de víctimas intervinientes en las actuaciones judiciales italianas.

La Corte considera que no puede aceptar el argumento de Italia de que las supuestas deficiencias en las disposiciones de Alemania para otorgar reparación a las víctimas italianas daban derecho a los tribunales italianos a privar a Alemania de la inmunidad jurisdiccional. La Corte no puede encontrar fundamento alguno en la práctica de los Estados de la que se deriva el derecho internacional consuetudinario que sustente la tesis de que el derecho internacional hace depender el derecho de un Estado a la inmunidad de la existencia de medios alternativos eficaces para obtener reparación. Ni en la legislación nacional sobre la cuestión, ni en la jurisprudencia de los tribunales nacionales ante los que se han formulado objeciones basadas en la inmunidad hay prueba alguna de que el derecho a la inmunidad esté subordinado a esa condición previa. Los Estados tampoco impusieron esa condición ni en el Convenio Europeo ni en la Convención de las Naciones Unidas. Por otra parte, la Corte no puede dejar de observar que la aplicación de una condición de esa índole, si realmente existiera, sería excepcionalmente difícil en la práctica, particularmente en un contexto como el del presente caso, en el que las demandas han sido objeto de un amplio debate intergubernamental.

En consecuencia, la Corte rechaza el argumento de Italia de que se podía denegar inmunidad a Alemania con ese fundamento.

El efecto combinado de las circunstancias invocadas por Italia (párrs. 105 y 106)

La Corte observa que, en el curso del juicio oral, los abogados de Italia sostuvieron que las tres vertientes del segundo argumento de Italia se tenían que examinar juntamente; el efecto acumulativo de la gravedad de las violaciones, la naturaleza de las reglas incumplidas y la ausencia de otros medios de reparación justificaban que los tribunales se hubieran rehusado a conceder inmunidad a Alemania.

La Corte declara que ya ha determinado que ninguna de las tres vertientes del segundo argumento de Italia, por sí sola, justifica la decisión de los tribunales italianos. No está persuadida de que esas vertientes puedan tener ese efecto

si se examinan juntamente. A juicio de la Corte, en la medida en que el argumento fundado en el efecto combinado de las circunstancias se ha de entender en el sentido de que el tribunal nacional debiera sopesar los diferentes factores, evaluando la respectiva ponderación, por un lado, de las distintas circunstancias que podrían justificar el ejercicio de su competencia, y, por otro lado, de los intereses vinculados a la protección de la inmunidad, dicho enfoque desconocería la naturaleza misma de la inmunidad del Estado.

4. Conclusiones (párrs. 107 y 108)

La Corte considera que la acción de los tribunales italianos al denegar a Alemania la inmunidad a la que la Corte ha considerado que tenía derecho en virtud del derecho internacional consuetudinario constituye un incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado italiano para con Alemania.

IV. Medidas coercitivas dictadas contra bienes de Alemania en territorio italiano (párrs. 109 a 120)

La Corte recuerda que, el 7 de junio de 2007, algunos demandantes griegos, fundados en una decisión del Tribunal de Apelación de Florencia de fecha 13 de junio de 2006, que declaró ejecutable en Italia la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Livadia, en Grecia, que había ordenado que Alemania les pagara una indemnización, hicieron anotar en el Registro de la Propiedad de la Provincia de Como un gravamen sobre la Villa Vigoni, una propiedad del Estado alemán situada cerca del Lago de Como. Recuerda, además, que Alemania adujo que esa medida coercitiva violaba la inmunidad de ejecución a que tenía derecho en virtud del derecho internacional y que Italia, por su parte, no había tratado de justificar esa medida. Observa que el gravamen en cuestión fue suspendido, con el fin de tener en cuenta las actuaciones pendientes ante la Corte en el presente caso. La Corte observa, por otra parte, que todavía existe una controversia entre las Partes, ya que Italia no ha admitido oficialmente que el gravamen sobre la Villa Vigoni constituyera una medida contraria a sus obligaciones internacionales ni tampoco ha puesto fin a los efectos de esa medida.

La Corte observa que la inmunidad de ejecución de que gozan los Estados en cuanto a sus bienes situados en territorio extranjero va más allá de la inmunidad de jurisdicción de que disfrutaban esos mismos Estados ante los tribunales extranjeros. Incluso cuando una sentencia ha sido dictada conforme a derecho contra un Estado extranjero, en circunstancias tales que éste no podría invocar la inmunidad de jurisdicción, no se sigue de ello *ipso facto* que el Estado contra el que se dictó sentencia pueda ser objeto de medidas coercitivas en el territorio del Estado del foro o en el de un tercer Estado con el fin de hacer cumplir la sentencia en cuestión. Análogamente, toda renuncia de un Estado a su inmunidad de jurisdicción ante un tribunal extranjero no significa *per se* que ese Estado haya renunciado a su inmunidad

de ejecución respecto de bienes de su propiedad situados en territorio extranjero. La Corte considera que, en el presente caso, la distinción entre las normas del derecho internacional consuetudinario que rigen la inmunidad de ejecución y las que rigen la inmunidad de jurisdicción (entendida *stricto sensu* como el derecho de un Estado a no ser objeto de actuaciones judiciales ante los tribunales de otro Estado) significa que la Corte puede pronunciarse respecto de la cuestión de si el gravamen sobre la Villa Vigoni constituye una medida coercitiva, en violación de la inmunidad de ejecución de Alemania, sin necesidad de tener que determinar si las decisiones de los tribunales griegos que adjudicaron indemnizaciones por daños contra Alemania, razón por la cual se adoptó la medida de ejecución, constituían en sí una violación de la inmunidad de jurisdicción de ese Estado.

Fundada en el artículo 19 de la Convención de las Naciones Unidas, en la medida en que este refleja el derecho consuetudinario en la materia, la Corte considera que como mínimo es preciso cumplir una condición antes de que se pueda imponer una medida coercitiva contra los bienes de propiedad de un Estado extranjero: que el bien de que se trate se emplee para una actividad con fines distintos de los fines oficiales no comerciales, o que el Estado propietario del bien haya consentido expresamente en la adopción de esa medida coercitiva, o que el Estado haya asignado el bien de que se trate a la satisfacción de la demanda objeto de un proceso judicial. Sin embargo, la Corte concluye que es evidente en el presente caso que el bien que fue objeto de la medida coercitiva en litigio se está usando con fines oficiales que son enteramente no comerciales y, por lo tanto, para propósitos que corresponden a las funciones soberanas de Alemania. La Villa Vigoni, en verdad, es la sede de un centro cultural destinado a promover intercambios culturales entre Alemania e Italia. Tampoco, agrega la Corte, ha consentido Alemania expresamente en la adopción de una medida como el gravamen en cuestión ni ha asignado la Villa Vigoni a la satisfacción de las demandas judiciales en su contra.

En estas circunstancias, la Corte considera que la anotación de un gravamen sobre la Villa Vigoni constituye un incumplimiento por Italia de su obligación de respetar la inmunidad debida a Alemania.

V. Las decisiones de los tribunales italianos que declaran ejecutables en Italia las decisiones de los tribunales griegos que validan las demandas civiles contra Alemania (párrs. 121 a 133)

La Corte observa que, en su tercera petición, Alemania se agravia de que su inmunidad de jurisdicción fue incumplida por las decisiones de los tribunales italianos que declararon ejecutables en Italia las sentencias dictadas por los tribunales griegos contra Alemania en actuaciones judiciales derivadas de la matanza de Distomo, cometida por las fuerzas armadas del Reich alemán en 1944.

Según la Corte, la cuestión que interesa es la de saber si los tribunales italianos respetaron la inmunidad de jurisdicción de Alemania al aceptar la petición de exequátur, y no la de saber si el tribunal griego que había dictado la sentencia cuyo exequátur se solicitaba había respetado la inmunidad jurisdiccional de Alemania. La Corte observa que cuando se presenta a un tribunal, como en el presente caso, una petición de exequátur de una sentencia extranjera contra un tercer Estado, se está pidiendo al tribunal que ejerza su competencia respecto del tercer Estado en cuestión. Aunque el propósito de las actuaciones de exequátur no es decidir sobre el fondo de la controversia, sino simplemente ejecutar una sentencia ya dictada en el territorio de un Estado distinto del Estado del tribunal que se pronunció sobre el fondo, ello no obsta a que, en realidad, al conceder o denegar el exequátur, el tribunal ejerza un poder jurisdiccional que dé lugar a que la sentencia extranjera pase a tener los efectos correspondientes a los de una sentencia dictada sobre el fondo en el Estado requerido. Por lo tanto, se debe considerar que las actuaciones incoadas ante dicho tribunal se sustancian contra el tercer Estado que fue objeto de la sentencia extranjera. Según la Corte, de ello se sigue que el tribunal que conozca de una petición de exequátur de una sentencia extranjera dictada contra un tercer Estado ha de preguntarse si el Estado demandado goza de inmunidad de jurisdicción —teniendo en cuenta la naturaleza del caso en el que se dictó dicha sentencia— ante los tribunales del Estado en el que se han entablado las actuaciones de exequátur. En otras palabras, tiene que preguntarse si, en el caso de que él mismo hubiera conocido de los méritos de un litigio idéntico al que fue objeto de la sentencia extranjera, habría estado obligado en virtud del derecho internacional a conceder inmunidad al Estado demandado. La Corte concluye que, a la luz de este razonamiento, se sigue que los tribunales italianos que declararon ejecutables en Italia las sentencias de los tribunales griegos dictadas contra Alemania han incumplido la inmunidad de esta última. La Corte considera que, a fin de llegar a esa decisión, es innecesario pronunciarse sobre la cuestión de si los tribunales griegos mismos incumplieron la inmunidad de Alemania, una cuestión que la Corte no tiene ante sí y sobre la cual, además, no se puede pronunciar.

La Corte concluye, por lo tanto, que las decisiones de los tribunales italianos que declararon ejecutables en Italia las sentencias dictadas por los tribunales griegos contra Alemania en actuaciones derivadas de la matanza de Distomo constituyen un incumplimiento por Italia de su obligación de respetar la inmunidad jurisdiccional de Alemania.

VI. *Las peticiones finales de Alemania y las medidas solicitadas* (párrs. 134 a 138)

La Corte hace lugar a las tres primeras peticiones de Alemania en que se le pide que declare, respectivamente, que Italia incumplió la inmunidad de jurisdicción de que goza Alemania en virtud del derecho internacional cuando dio

curso a las demandas civiles sobre la base de violaciones del derecho internacional humanitario por parte del Reich alemán entre 1943 y 1945; que Italia también ha incumplido la inmunidad debida a Alemania mediante la adopción de medidas coercitivas contra la Villa Vigoni; y, por último, que Italia ha incumplido la inmunidad de Alemania al declarar ejecutables en Italia las sentencias griegas fundadas en hechos similares a los mencionados *supra*.

Con respecto a la cuarta petición de Alemania, la Corte estima innecesario incluir en la cláusula dispositiva una declaración expresa de que Italia ha incurrido en responsabilidad internacional.

Con respecto a la quinta petición de Alemania, en la que solicita a la Corte que ordene a Italia que adopte, por los medios de su propia elección, todas las medidas necesarias para asegurar que no se puedan ejecutar las decisiones de sus tribunales y de otras autoridades judiciales que vulneren la inmunidad soberana de Alemania, la Corte comienza por recordar que el Estado responsable por un hecho internacionalmente ilícito está obligado a hacer cesar ese acto, si este continúa y, aunque el acto en cuestión haya cesado, el Estado responsable tiene la obligación de restablecer, a modo de reparación, la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, a condición de que el restablecimiento no sea materialmente imposible y no implique una carga para ese Estado fuera de toda proporción con el beneficio que se derivaría de la restitución en lugar de la indemnización. La Corte considera que las decisiones y medidas que vulneran las inmunidades jurisdiccionales de Alemania que todavía estén en vigor deben cesar de surtir efecto, y los efectos que ya se hayan producido por esas decisiones y medidas se deben revertir, de modo tal que se restablezca la situación existente antes de la comisión de los hechos ilícitos. La Corte añade que no se ha alegado ni demostrado que la restitución sería materialmente imposible en este caso, o que impondría a Italia una carga fuera de toda proporción con los beneficios derivados de ella. Por otro lado, observa que Italia tiene derecho a elegir los medios que considere más apropiados para lograr el resultado requerido. Así, pues, el demandado tiene la obligación de lograr este resultado mediante la sanción de una legislación apropiada o el empleo de otros métodos de su elección que produzcan igual efecto.

La Corte, sin embargo, no hace lugar a la sexta petición de Alemania, en la que se le pide que ordene a Italia que tome todas las medidas necesarias para asegurar que los tribunales italianos no hagan lugar en el futuro a acciones legales contra Alemania fundadas en los hechos descritos en su primera petición (es decir, las violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por el Reich alemán entre 1943 y 1945). Como ha señalado en casos anteriores, la Corte recuerda que, como regla general, no hay razón para suponer que un Estado cuya acción o conducta ha sido declarada ilícita por la Corte ha de repetir esa acción o conducta en el futuro, ya que se debe presumir su buena fe. En consecuencia,

si bien la Corte puede ordenar que el Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito dé seguridades al Estado vulnerado de que no repetirá su acción o conducta, o que tome medidas específicas para asegurar que el hecho ilícito no se repetirá, solo podrá hacerlo cuando haya circunstancias especiales que lo justifiquen, que la Corte debe evaluar caso por caso. En el presente caso, sin embargo, la Corte no tiene razón alguna para creer que existan tales circunstancias.

*
* *
*

Opinión separada del Magistrado Koroma

En su opinión separada, el Magistrado Koroma dice que ha votado a favor del fallo de la Corte que, a su juicio, refleja con precisión el estado actual del derecho internacional con respecto a la inmunidad de jurisdicción de un Estado. El Magistrado Koroma destaca, sin embargo, que el fallo de la Corte no debe interpretarse como una autorización para que los Estados cometan actos de tortura u otros actos similares que equivalen a crímenes de lesa humanidad.

El Magistrado Koroma declara que el caso que la Corte tiene ante sí no se refiere a la conducta de las fuerzas armadas de Alemania durante la segunda guerra mundial o a la responsabilidad internacional de Alemania en razón de esa conducta. La cuestión, a su entender, se limita a saber si Alemania tiene derecho a inmunidad ante los tribunales nacionales italianos con respecto a la conducta de sus fuerzas armadas en el curso del conflicto armado. El Magistrado Koroma añade que la competencia de la Corte se limita a examinar únicamente la cuestión de la inmunidad. Según el Magistrado, la Corte no tenía necesidad de abordar la cuestión sustantiva de la legalidad de la conducta de Alemania para resolver la cuestión de la inmunidad de jurisdicción.

El Magistrado Koroma observa que es evidente que los actos de las fuerzas armadas alemanas en Italia durante la segunda guerra mundial fueron *acta jure imperii*. Según el Magistrado Koroma, los actos cometidos por las fuerzas armadas de un Estado en el curso de un conflicto armado internacional son actos realizados en ejercicio del poder soberano, porque la ejecución de tales actos es necesariamente la prerrogativa soberana de un Estado. El Magistrado Koroma añade que está bien establecido que los Estados tienen generalmente derecho a la inmunidad por *acta jure imperii*. La cuestión, a su juicio, es la relativa a saber si existe alguna excepción a esa regla general que deniegue inmunidad soberana a los Estados por actos ilícitos cometidos por sus fuerzas armadas en el territorio de otro Estado durante un conflicto armado o en el curso de una ocupación.

El Magistrado Koroma observa que el derecho de la inmunidad soberana ha evolucionado para conferir una excepción limitada a la inmunidad por ciertos tipos de actos ilícitos. Señala que esta excepción está codificada en el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las

inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, que se puede considerar que refleja el estado actual del derecho internacional consuetudinario. El Magistrado Koroma señala, sin embargo, que en el comentario de la Comisión de Derecho Internacional relativo a la Convención se aclara que los redactores habían previsto que el artículo 12 se aplicara principalmente a situaciones tales como accidentes de tráfico y no a situaciones de conflicto armado. El Magistrado Koroma llega a la conclusión, por lo tanto, de que los Estados siguen teniendo derecho a inmunidad soberana por *acta jure imperii* cometidos por sus fuerzas armadas durante un conflicto armado. Subraya, sin embargo, que el mandato de la Corte es aplicar el derecho existente y que nada en el fallo de la Corte impide que prosiga la evolución del derecho sobre la inmunidad del Estado.

El Magistrado Koroma estima asimismo que es importante reconocer y examinar los argumentos expuestos por Grecia, que interviene en el caso sin ser parte. En su declaración escrita, Grecia puso de relieve, entre otras cosas, el “derecho individual a la reparación en el caso de violaciones graves del derecho humanitario”. El Magistrado Koroma dice que Grecia tiene razón cuando señala que el derecho internacional humanitario considera ahora al individuo como el beneficiario último de las reparaciones por violaciones de los derechos humanos. En su opinión, sin embargo, de ello no se sigue que el derecho internacional otorgue a las personas el derecho de presentar demandas de reparación *directamente* contra un Estado. El Magistrado Koroma señala que ninguna disposición de la Cuarta Convención de La Haya de 1907 o del artículo 91 del Protocolo Adicional (de 1977) a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 sustenta esa tesis. Los artículos pertinentes de estos dos convenios disponen que los Estados están obligados a “indemnizar” si violan los convenios, pero, de acuerdo con el Magistrado Koroma, no tienen la intención de exigir que los Estados paguen indemnización *directamente a las personas damnificadas*. El Magistrado Koroma observa que una disposición que obligara a los Estados a hacer pagos a particulares hubiera sido inconcebible en 1907, cuando se suscribió la Cuarta Convención de La Haya.

El Magistrado Koroma llega a la conclusión de que la Corte consideró correctamente que Alemania tiene derecho a inmunidad soberana por los actos cometidos por sus fuerzas armadas en Italia durante la segunda guerra mundial. Añade, con todo, que esta decisión no impide que las Partes entablen negociaciones para dirimir las cuestiones pendientes planteadas en el presente caso, pero que su resolución no requiere la derogación del derecho vigente sobre la inmunidad de jurisdicción, que justamente protege y preserva la soberanía y la igualdad soberana de los Estados.

Opinión separada del Magistrado Keith

El Magistrado Keith está de acuerdo con las conclusiones de la Corte, y en gran parte con sus razones. Su propósito al

preparar su opinión es hacer hincapié en la medida en que las normas internacionales sobre la inmunidad del Estado están firmemente fundadas en los principios del derecho internacional y en las políticas del ordenamiento jurídico internacional.

Un principio fundamental en esta esfera es el de la igualdad soberana de los Estados, con arreglo al cual todos los Estados tienen los mismos derechos y obligaciones y son jurídicamente iguales. En asuntos relativos a cuestiones de inmunidad del Estado, este principio se aplica a dos Estados: el Estado ante cuyo tribunal se interpone la acción y el Estado extranjero al que se demanda. Si bien, por un lado, la competencia del tribunal se deriva de la soberanía del Estado del foro, a la recíproca, la igualdad soberana y la independencia del Estado extranjero son principios que sustentan la inmunidad frente a esa jurisdicción.

Durante los últimos 200 años, los tribunales nacionales y los parlamentos nacionales, con miras a conciliar estas dos tesis, han prestado especial atención a la naturaleza del acto en cuestión: ¿se lo debe considerar como un ejercicio de autoridad soberana o es indistinguible del acto de cualquier otra persona sujeta al derecho local? El mismo criterio se ha aplicado en los tratados más recientes y en los procesos diplomáticos y de otro tipo que culminaron en esos tratados. La práctica de larga data también subraya la distinción, fundamental en este caso, entre las obligaciones sustantivas de un Estado extranjero y los medios procesales o institucionales por medio de los cuales se ha de exigir el cumplimiento de dichas obligaciones.

Con respecto a las demandas entabladas ante los tribunales italianos, el Magistrado Keith destaca que Alemania ha aceptado responsabilidad por los indecibles padecimientos que fueron el resultado de sus actos ilícitos entre 1943 y 1945. Sin embargo, lo que se discute en el presente caso no es la cuestión de la ilicitud. Se trata, en cambio, de saber si los tribunales italianos pueden ejercer su competencia sobre las demandas, fundadas en esos hechos, que se interpusieron contra Alemania.

Un fundamento para el ejercicio de esa competencia, había argumentado Italia, era la regla del hecho ilícito nacional. Aunque esa regla ha sido reconocida de larga data, el Magistrado Keith concluye que no abarca la conducta en cuestión en el presente caso. Primero, esta regla se aplicaría a lo que esencialmente eran demandas por daños y perjuicios conforme al derecho nacional en materia de lesiones y daños que, en general, serían asegurables. No se aplicaría a actos cometidos en el curso de un conflicto armado entre Estados: esos son actos a nivel internacional, de carácter soberano, y se han de evaluar conforme al derecho internacional y no conforme al derecho nacional. Segundo, el Magistrado Keith observa la analogía entre la inmunidad del Estado extranjero y las normas relativas a la inmunidad del soberano interno frente a las actuaciones judiciales entabladas ante sus propios tribunales, y recuerda que la legislación nacional, pese

a que ha restringido esa inmunidad, en general ha excluido las demandas derivadas de actos de las fuerzas armadas del Estado. Tercero, en el plano internacional, las demandas relacionadas con los daños y perjuicios causados por la guerra contra los antiguos beligerantes en la práctica son tratadas en el contexto de negociaciones y acuerdos entre Estados. Esta práctica refleja las realidades posbélicas y sustenta firmemente la conclusión de que un antiguo Estado beligerante no puede ser sometido, sin su consentimiento, a la competencia de un tribunal extranjero en casos como los que constituyen el objeto de las presentes actuaciones.

Opinión separada del Magistrado Bennouna

A pesar de que votó a favor de la parte del párrafo dispositivo que consideró que Italia había incumplido la inmunidad de jurisdicción de Alemania, el Magistrado Bennouna estima que no puede hacer suyo el enfoque adoptado por la Corte o apoyar la lógica de su razonamiento. A juicio del Magistrado Bennouna, el hecho de que la responsabilidad sea indisoluble del ejercicio de la soberanía significa que, cuando proceda, solo asumiendo su responsabilidad podrá un Estado justificar su pretensión de inmunidad ante los tribunales extranjeros sobre la base de la igualdad soberana. El Magistrado Bennouna opina que solo en circunstancias excepcionales, cuando el Estado que presumiblemente es el autor de los actos ilícitos rechaza toda atribución de responsabilidad, en cualquier forma, podría ese Estado verse privado del beneficio de la inmunidad ante los tribunales del Estado del foro. Incumbe a la Corte, al pronunciarse sobre la inmunidad, asegurar la unidad del derecho internacional teniendo en cuenta todos sus elementos constitutivos.

Opinión disidente del Magistrado Cançado Trindade

1. En su opinión disidente, compuesta de 27 partes, el Magistrado Cançado Trindade expone los fundamentos de su posición disidente personal en relación con la decisión de la Corte en su conjunto, que abarca la metodología y el enfoque adoptados, el razonamiento general en el examen de las cuestiones sustantivas y las conclusiones del fallo. Comienza su opinión disidente mediante la determinación (parte I) del marco más amplio de la solución de la controversia en cuestión, vinculado indisolublemente al imperativo de la *realización de la justicia*, en particular en las decisiones judiciales internacionales de la Corte en casos de este tipo sobre la base de las *consideraciones fundamentales de humanidad*, toda vez que su sustento fáctico sean violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, como en el *cas d'espèce*.

2. Preliminarmente, en cuanto a la dimensión intertemporal en el examen de la inmunidad del Estado (parte II), el Magistrado Cançado Trindade sostiene que no se puede tener en cuenta el derecho intertemporal solo al servicio de intereses individuales en los litigios, aceptando el transcurso del tiempo y la evolución del derecho en relación con ciertos

hechos, pero no en relación con otros, de una misma situación *continua*. Cuando se analiza la interrelación entre las inmunidades de los Estados y las demandas por reparaciones de guerra, es preciso tener presente la *evolución* del derecho. La relación entre las inmunidades de los Estados y las demandas por reparaciones de guerra en el presente caso es, a su juicio, ciertamente inevitable.

3. Así pues, a pesar de la Providencia de la Corte de 6 de julio de 2010, en que se rechazó sumariamente la reconvencción de Italia (con su opinión disidente), los hechos que sirven de fundamento a la controversia entre las Partes y se conforman a sus antecedentes históricos siguieron siendo aducidos por las Partes (Alemania e Italia) durante todo el curso de las actuaciones (en las fases escrita y oral) ante la Corte. El Magistrado Cançado Trindade añade que esto confirma lo que sostuvo en su anterior opinión disidente en la Providencia de la Corte de 6 de julio de 2010 en el presente caso, a saber, que las inmunidades del Estado no se pueden examinar en el vacío y constituyen un asunto que está indisolublemente vinculado a los hechos que dan origen a un caso contencioso (parte III).

4. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade destaca la importancia de la loable iniciativa de Alemania de reconocer, en repetidas ocasiones ante la Corte (en las fases escrita y oral), la responsabilidad del Estado por los actos ilícitos que constituyen los hechos que dan origen al *cas d'espèce*, es decir, los crímenes cometidos por el Tercer Reich durante la segunda guerra mundial (parte IV). Ello revela la singularidad del presente caso sobre las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, sin precedente en la historia de la Corte Internacional de Justicia, por cuanto el Estado demandante reconoce su propia responsabilidad por los actos lesivos que forman los antecedentes de hecho del caso que se examina.

5. En forma sucesiva, el Magistrado Cançado Trindade pasa revista a la evolución de la doctrina (parte V), a partir de una generación de juristas que fueron testigos de los horrores de dos guerras mundiales en el siglo XX, que no se identificaron con un enfoque estrictamente centrado en el Estado y que pusieron el acento en los valores humanos fundamentales y en la persona humana, siendo fieles a los orígenes históricos del derecho de gentes, como el Magistrado Cançado Trindade piensa que debería hacerse también hoy día. A su juicio, las inmunidades de los Estados son una prerrogativa o un privilegio, y no pueden seguir haciendo abstracción de la evolución del derecho internacional, evolución que contemporáneamente refleja *valores humanos fundamentales*. Añade que también se puede recordar a este respecto la labor de las instituciones científicas en el ámbito del derecho internacional (como, por ejemplo, el Instituto de Derecho Internacional y la Asociación de Derecho Internacional).

6. El Magistrado Cançado Trindade observa que la tensión entre la inmunidad del Estado y el derecho de acceso a

la justicia debe, pues, con razón, resolverse a favor de este último, especialmente en los casos de crímenes internacionales (parte VI). Expresa preocupación por la necesidad de cumplir con los imperativos de la justicia y evitar la impunidad en los casos de comisión de crímenes internacionales, con miras a evitar su repetición en el futuro. Señala, pues, que el umbral de *gravedad* de las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario elimina todo impedimento a la competencia, en la búsqueda de reparación para las víctimas (parte VII). Todas las atrocidades en masa se han de examinar actualmente, a su juicio, a la luz del umbral de *gravedad*, independientemente de quién las haya cometido; las políticas criminales del Estado y la ulterior perpetración de atrocidades por el Estado no se deben amparar tras el escudo de la inmunidad del Estado.

7. En la parte VIII de su opinión disidente, el Magistrado Cançado Trindade sostiene que los Estados no pueden renunciar, *inter se*, a derechos que no son suyos, sino que, en cambio, son inherentes al ser humano. A su entender, las pretendidas renunciaciones entre Estados de los derechos inherentes a la persona humana son inadmisibles; se oponen al orden público internacional y deben ser privadas de todo efecto jurídico. Esto está profundamente grabado en la conciencia humana, en la *conciencia jurídica universal*, la fuente *sustantiva* última de todo el Derecho.

8. El Magistrado Cançado Trindade demuestra, en la parte IX de su opinión disidente, que mucho antes de la segunda guerra mundial la deportación a trabajos forzados (como una forma de trabajo esclavo) ya estaba prohibida por el derecho internacional. Su ilicitud estaba ampliamente reconocida, a nivel normativo, por la Cuarta Convención de La Haya de 1907 y el Convenio de la OIT sobre el trabajo forzoso, de 1930. Esa prohibición estaba reconocida en las obras de codificación de la época y, además, había sido aceptada por la jurisprudencia. El derecho a las demandas de reparaciones de guerra fue reconocido asimismo mucho antes del fin de la segunda guerra mundial (en la Cuarta Convención de La Haya de 1907) (parte XII).

9. A juicio del Magistrado Cançado Trindade, lo que pone en peligro o desestabiliza el ordenamiento jurídico internacional son los crímenes internacionales y no las peticiones de reparación de los particulares. El problema para el ordenamiento jurídico internacional es el encubrimiento de esos crímenes internacionales, acompañado por la impunidad de los perpetradores, y no la demanda de justicia de las víctimas (partes X y XIII). Cuando un Estado lleva a cabo una política criminal de asesinar a segmentos de su propia población y de la población de otros Estados, no puede luego escudarse en las inmunidades soberanas, ya que estas últimas jamás fueron concebidas para ese fin.

10. El Magistrado Cançado Trindade procede a examinar todas las respuestas dadas por las partes litigantes (Alemania e Italia), así como por el Estado que interviene (Grecia), a las preguntas que se les formularon al fin de

las audiencias orales ante la Corte, el 16 de septiembre de 2011 (parte XI). Sostiene que las violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario constituyen crímenes internacionales y son actos antijurídicos y violaciones del *jus cogens*, que no pueden simplemente ser descartadas o sepultadas en el olvido invocando la inmunidad del Estado (partes XII y XIII).

11. El Magistrado Cançado Trindade procede a examinar sucesivamente la tensión reinante, en la jurisprudencia internacional y nacional, entre la inmunidad del Estado y el derecho de acceso a la justicia de las víctimas individuales (parte XIV); atribuye mayor ponderación a este último, en la era actual del *estado de derecho a nivel nacional e internacional* (como lo reconoce contemporáneamente la propia Asamblea General de las Naciones Unidas). Además, descarta la distinción tradicional y desvalorizada entre *acta jure gestionis* y *acta jure imperii* como carente de importancia en el presente caso; a su entender, los crímenes internacionales perpetrados por los Estados (como los cometidos por el Tercer Reich durante la segunda guerra mundial) no son actos *jure gestionis* ni tampoco actos *jure imperii*, sino que son delitos, *delicta imperii*, para los que no hay inmunidad (parte XV).

12. Seguidamente, el razonamiento del Magistrado Cançado Trindade se refiere a la persona humana y a las inmunidades de los Estados. Esta contraposición lleva al derecho internacional (derecho de gentes) a liberarse de la estricta y miope perspectiva interestatal (parte XVI) de tiempos pasados. Recuerda que el término “inmunidad” (del latín *immunitas*, que se deriva de *immunis*) entró en el léxico del derecho internacional en relación con “las prerrogativas” del Estado soberano, en relación con la “causa de la impunidad”. Con este término se quería hacer referencia a algo muy excepcional, una exención de la competencia o la ejecución. Nunca hubo intención de que fuera un principio ni tampoco una norma de aplicación general. Ciertamente nunca hubo intención de exceptuar la competencia sobre los crímenes internacionales y las violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y de encubrirlos.

13. Por lo tanto, en el caso de esos crímenes o violaciones graves, el Magistrado Cançado Trindade sostiene que el *acceso directo* de los interesados a la jurisdicción internacional está, pues, plenamente justificado, para reivindicar los derechos de las víctimas individuales, incluso contra su propio Estado (parte XVII). A su juicio, más allá de la miopía interestatal, las personas son a todas luces sujetos de derecho internacional (y no meramente “actores”), y toda vez que la doctrina jurídica se apartó de este criterio, las consecuencias y los resultados fueron catastróficos. Las personas son titulares de derechos y obligaciones que emanan *directamente* del derecho internacional (el *jus gentium*). Los acontecimientos convergentes de décadas recientes en la normativa internacional de los derechos humanos, del derecho internacional

humanitario y del derecho internacional de los refugiados, seguidos por los del derecho penal internacional, dan testimonio inequívoco de esta evolución.

14. Para el Magistrado Cançado Trindade, lo irrenunciable no es en absoluto la inmunidad del Estado. No hay inmunidad para los crímenes de lesa humanidad (partes XVIII y XIX). En los casos de crímenes internacionales, de *delicta imperii*, lo irrenunciable es el derecho individual de acceso a la justicia, que abarca el derecho a la reparación de las graves violaciones de los derechos inherentes al individuo como ser humano. Sin ese derecho, en modo alguno puede haber un auténtico ordenamiento jurídico a nivel nacional o internacional. Se está entonces en el ámbito del *jus cogens*.

15. En consecuencia, no hay inmunidades de los Estados para los *delicta imperii*, tales como las matanzas de civiles en situaciones de indefensión (por ejemplo, la matanza de Distomo, en Grecia, en 1944, y la de Civitella, en Italia, también en 1944), o la deportación y el sometimiento a trabajos forzados en la industria bélica (por ejemplo, en 1943-1945) (parte XVIII). A juicio del Magistrado Cançado Trindade, la determinación de violaciones particularmente graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario constituye un criterio muy útil para eliminar todo impedimento a la competencia, con miras a la necesaria realización de la justicia. Carece de importancia que el acto lesivo en grave violación de los derechos humanos haya sido gubernamental o privado con la aquiescencia del Estado, o que se haya cometido en su totalidad en el Estado del foro o no (la deportación a trabajos forzados es un crimen transfronterizo). La inmunidad del Estado no se puede oponer en el ámbito de la reparación de violaciones graves de los derechos fundamentales del ser humano.

16. Por su orden, el Magistrado Cançado Trindade sostiene que el derecho de acceso a la justicia *lato sensu* comprende no solo el acceso formal a la justicia (el derecho a entablar acciones judiciales), por medio de un recurso efectivo, sino también el respeto de las garantías procesales (con la igualdad de medios procesales conformando el *procès équitable*), hasta la sentencia (como la *prestation juridictionnelle*), con su fiel ejecución, con la prestación de la debida reparación (parte XIX). La jurisprudencia internacional contemporánea contiene elementos en este sentido, que apuntan al *jus cogens* (partes XX y XXI). La realización de la justicia es en sí misma una forma de reparación, que da satisfacción a la víctima. De esta manera, se vindica debidamente el derecho al derecho (*droit au Droit*) de las víctimas de la opresión (parte XXII).

17. Incluso en el ámbito de las inmunidades de los Estados propiamente dicho, —dice—, ha habido reconocimiento de los cambios que se han producido en él, en el sentido de limitar o dejar de lado dichas inmunidades cuando se han cometido esas infracciones graves, debido al advenimiento de la normativa internacional de los derechos humanos, con la atención centrada en el derecho de acceso a la justicia y la

rendición de cuentas internacional. El Magistrado Cançado Trindade añade que el deber del Estado de proporcionar reparación a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario es una obligación en virtud del derecho internacional consuetudinario que está en conformidad con un principio general del derecho de carácter fundamental (parte XXII).

18. Señala seguidamente que hoy día se echa de ver una creciente tendencia de opinión a favor de eliminar la inmunidad en los casos de crímenes internacionales, para los cuales las víctimas demandan reparación. En efecto, —añade—, admitir la supresión de la inmunidad del Estado en el ámbito de las relaciones comerciales, o en caso de actos ilícitos personales internos (por ejemplo, en accidentes de tráfico) y, al propio tiempo, insistir en amparar a los Estados con la inmunidad en los casos de crímenes internacionales —caracterizados por violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario— en virtud de políticas (criminales) del Estado es, a su juicio, un absurdo jurídico.

19. El Magistrado Cançado Trindade afirma que, en los casos que revelan tal *gravedad* como el que ahora opone a Alemania e Italia (y con la intervención de Grecia), el derecho de acceso a la justicia *lato sensu* se debe examinar poniendo el acento en su esencia como derecho *fundamental* (como en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), y no en “limitaciones” permisibles o implícitas a este derecho (como en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). A su entender, las infracciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario equivalen a violaciones del *jus cogens*, lo que entraña la responsabilidad del Estado y el derecho de las víctimas a la reparación (partes XXI y XXIII). Esto está en consonancia, —añade—, con la idea de *rectitud* (de conformidad con la *recta ratio* del derecho natural), que sustenta la concepción del Derecho (en distintos regímenes jurídicos —*Recht / Diritto / Droit / Direito / Derecho / Right*) en su conjunto (parte XXIII).

20. La siguiente vertiente en la reflexión del Magistrado Cançado Trindade se refiere al derecho de las víctimas individuales a la reparación, complemento indispensable de las graves violaciones del derecho internacional que las dañaron. Este todo indisoluble, de violación y reparación, —agrega—, está reconocido en la *jurisprudence constante* de la Corte de La Haya (Corte Permanente de Justicia Internacional y Corte Internacional de Justicia), y la errónea aceptación de la inmunidad del Estado en el presente caso no puede dismantelar ese todo indisoluble. A su parecer, carece de fundamento afirmar que el régimen de las reparaciones por las violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario se agotaría en el plano interestatal, en detrimento de quienes han sufrido las consecuencias de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

21. El Magistrado Cançado Trindade añade que se desprende de autos que hay “internados militares italianos” (IMI, es decir, exsoldados tomados prisioneros y a quienes se les denegó el estatuto de prisioneros de guerra) —que fueron enviados, junto, también, con civiles, a trabajos forzados en la industria bélica alemana durante la segunda guerra mundial (en 1943-1945)— víctimas de violaciones graves por la Alemania nazi de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que, en realidad, se han visto privados de reparación hasta la fecha (parte XXIV). A pesar de que, de resultas de los dos acuerdos de 1961 entre Alemania e Italia, Alemania hizo pagos de reparación a Italia, todavía había víctimas que no habían quedado amparadas por esos Acuerdos. Alemania misma admite que hay “IMI” que no han recibido reparación, de acuerdo con una interpretación dada a la ley alemana de 2000 sobre la Fundación “Memoria, Responsabilidad y Futuro”.

22. Sobre la base de un dictamen pericial, Alemania no indemnizó a los “IMI” por conducto de la Fundación; recurrió, en cambio, a una evaluación que llevó a aplicar a esas víctimas, a juicio del Magistrado Cançado Trindade, un régimen de doble injusticia: en primer lugar, cuando podrían haberse beneficiado de los derechos inherentes al estatuto de prisioneros de guerra, se les denegó ese estatuto; y, en segundo lugar, ahora que piden la reparación de violaciones del derecho internacional humanitario de las que fueron víctimas (incluida la violación de denegarles el estatuto de prisioneros de guerra), se observa que se los considera prisioneros de guerra (parte XXV). Lamentablemente es demasiado tarde para considerarlos prisioneros de guerra (y, peor aún, para negarles la reparación): deberían haber sido reconocidos como tales durante la segunda guerra mundial e inmediatamente después de esta (a los efectos de la protección), pero no fue así.

23. En suma, hay víctimas de violaciones graves por la Alemania nazi de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que, de hecho, han quedado privadas de reparación. En el análisis del Magistrado Cançado Trindade, esas víctimas individuales de atrocidades del Estado no pueden quedar sin algún tipo de reparación. El objeto de la inmunidad del Estado no es servir de impedimento a la competencia en circunstancias como las que prevalecen en el presente caso relativo a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*. No debe oponerse a la *realización de la justicia*. La búsqueda de justicia se debe preservar como objetivo último; asegurar justicia a las víctimas significa, entre otras cosas, ponerlas en condiciones de demandar y obtener reparación por los crímenes de que fueron víctimas.

24. La *realización de la justicia* es en sí misma una forma de brindar reparación (satisfacción) a las víctimas. Es la reacción del Derecho ante violaciones graves, lo que nos lleva al ámbito del *jus cogens*. A juicio del Magistrado Cançado Trindade, por medio de la *reparatio* (del latín *reparare*, “restaurar”), el Derecho interviene para hacer cesar los efectos

de sus violaciones y para garantizar que no se repitan los actos lesivos. La *reparatio* no pone fin a las violaciones de los derechos humanos ya cometidas, pero, al hacer cesar sus efectos, por lo menos evita la agravación del daño que ya está hecho (por la indiferencia del medio social, la impunidad o el olvido).

25. La *reparatio* está dotada, a juicio del Magistrado Cançado Trindade, de un doble significado: da satisfacción (como una forma de reparación) a las víctimas y, al propio tiempo, restaura el ordenamiento jurídico quebrantado por esas violaciones $\frac{3}{4}$ un ordenamiento jurídico erigido sobre la base del pleno respeto de los derechos inherentes a la persona. El ordenamiento jurídico —restaurado— requiere la garantía de que no se repitan los actos lesivos.

26. En el resto de las reflexiones vertidas en su opinión disidente, el Magistrado Cançado Trindade sostiene la primacía del *jus cogens* y presenta una refutación de su deconstrucción (parte XXVI). En su opinión, uno no puede embarcarse en una ausencia de conflicto, erróneamente supuesta y formalista, entre normas “procesales” y “sustantivas” (cf. *infra*), privando indebidamente al *jus cogens* de sus efectos y consecuencias jurídicas. El hecho es que existe un conflicto, y la primacía corresponde al *jus cogens*, que resiste y sobrevive a este intento infundado de deconstrucción. No puede haber ninguna prerrogativa o privilegio de inmunidad del Estado en los casos de crímenes internacionales, como las matanzas de la población civil y la deportación de civiles y prisioneros de guerra para someterlos a trabajo esclavo: se trata de violaciones graves de las prohibiciones absolutas del *jus cogens*, para las cuales no puede haber inmunidades.

27. Hace hincapié en que no puede uno examinar casos de este tipo —que implican violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario— sin prestar la debida atención a los *valores humanos fundamentales*. A diferencia de lo que supone el positivismo jurídico, el derecho y la ética van inevitablemente juntos, y esto debería tenerse en cuenta para la fiel realización de la justicia, en los planos nacional e internacional. Los principios centrales de que se trata son, a su juicio, el principio de la humanidad y el principio de la dignidad humana. A su parecer, a la inmunidad del Estado no se la puede ubicar indebidamente por encima de la responsabilidad del Estado por los crímenes internacionales y su complemento ineludible, el deber del Estado responsable de brindar reparación a las víctimas.

28. La opinión opuesta (mayoritaria) es el fruto de un ejercicio fáctico empírico para identificar la incongruente jurisprudencia de los tribunales nacionales y la práctica incoherente de unas pocas legislaciones nacionales sobre el asunto que se examina. Este ejercicio es característico de la metodología del positivismo jurídico, que presta excesiva atención a los hechos y se olvida de los valores. Sea como fuere, incluso en su propio punto de vista, el examen de las decisiones de los tribunales nacionales —a juicio del Magis-

trado Cançado Trindade— no es en absoluto concluyente para hacer prevalecer la inmunidad del Estado en los casos de crímenes internacionales.

29. Tales son, a su entender, los ejercicios positivistas que conducen a la fosilización del derecho internacional y ponen de manifiesto su persistente subdesarrollo, en lugar de su desarrollo progresivo, como sería de esperar. Esa metodología inapropiada va unida a conceptualizaciones insuficientes y carentes de poder persuasivo, como la de la contraposición entre las normas “procesales” y “sustantivas”. Estima que es erróneo suponer que no hay o no puede haber conflicto entre las “normas de *jus cogens*” sustantivas (que “prohíben la matanza de civiles en territorio ocupado, la deportación de habitantes civiles para someterlos a trabajo esclavo y la deportación de prisioneros de guerra para someterlos a trabajo esclavo”) y las normas procesales de la inmunidad del Estado. Este supuesto tautológico conduce a la validación de la inmunidad del Estado, incluso en las graves circunstancias del presente caso.

30. Hay, pues, un conflicto material, aunque acaso *prima facie* no se pueda discernir un conflicto formalista. A su juicio, es innegable que a todas luces existe un conflicto, y es lamentable embarcarse en una deconstrucción carente de fundamento del *jus cogens*, privando a este último de sus efectos y consecuencias jurídicas. El Magistrado Cançado Trindade observa que no es la primera vez que esto sucede; ha sucedido antes, por ejemplo, en la última década, en los fallos de la Corte en el caso relativo a la *Orden de detención* (2002) y en el caso relativo a las *Actividades armadas en el territorio del Congo* (República Democrática del Congo c. Uganda, 2006), recordados con aprobación por la Corte en el presente fallo. A su juicio, ya es hora de prestar al *jus cogens* la atención que requiere y merece.

31. Su deconstrucción, como se hace en el presente caso, obra —a juicio del Magistrado Cançado Trindade— en detrimento no solo de las víctimas individuales de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, sino también del derecho internacional contemporáneo mismo. En suma, a su parecer, no puede haber ninguna prerrogativa o privilegio de inmunidad del Estado en los casos de crímenes internacionales, como las matanzas de la población civil y la deportación de civiles y prisioneros de guerra para someterlos a trabajo esclavo: se trata de violaciones graves de las prohibiciones absolutas del *jus cogens*, para las cuales no puede haber inmunidades.

32. No es posible seguir considerando las inmunidades de los Estados a la luz de una visión atomizada o autosuficiente (contemplando las inmunidades de los Estados en el vacío); es preciso considerarlas en función de una concepción integral del derecho internacional contemporáneo en su conjunto y de su papel en la comunidad internacional. El Magistrado Cançado Trindade agrega que el derecho internacional no puede ser “congelado” fundándose de manera continua y prolongada en las omisiones del pasado, ya sea

a nivel normativo (por ejemplo, en la redacción de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, de 2004) o a nivel judicial (por ejemplo, la decisión mayoritaria de la Sala Superior del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Al-Adsani* (2001), invocado por la Corte en el presente caso).

33. En suma —según concluye el Magistrado Cançado Trindade—, el *jus cogens* está por encima de la prerrogativa o el privilegio de la inmunidad del Estado, con todas las consecuencias que de ello se deriven, evitando así la denegación de justicia y la impunidad. Sobre la base de lo antes expuesto, la posición firme del Magistrado Cançado Trindade es que no hay inmunidad del Estado por los crímenes internacionales y las violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. En su opinión, esto es lo que la Corte Internacional de Justicia debiera haber decidido en el presente fallo.

Opinión disidente del Magistrado Yusuf

En su opinión disidente, el Magistrado Yusuf declara que no puede estar de acuerdo con la mayoría de la Corte en su consideración debido a la forma marginal en que se abordó en el fallo la cuestión básica en la controversia entre las Partes. La cuestión básica es la relación entre la falta de reparación por crímenes internacionales y la denegación de la inmunidad de jurisdicción a Alemania. ¿Podría la protección de las víctimas de los crímenes internacionales frente a la denegación de justicia constituir una violación del derecho internacional? El Magistrado Yusuf estima que la Corte no ha sabido aprovechar una oportunidad singular para elucidar el derecho y pronunciarse sobre el efecto que la ausencia de otros recursos para la reparación podría tener sobre la inmunidad ante los tribunales nacionales. Se trata de una esfera en la que el derecho internacional está claramente en evolución, y la Corte, como principal órgano judicial de las Naciones Unidas, debería haber impartido orientación sobre esta evolución.

Además, el desacuerdo del Magistrado Yusuf se refiere a los siguientes puntos principales: la falta de un análisis adecuado de la obligación de otorgar reparaciones después de violaciones del derecho internacional humanitario (una cuestión íntimamente vinculada a la denegación de la inmunidad del Estado); el razonamiento y las conclusiones sobre el ámbito y la extensión de la inmunidad y las excepciones correspondientes; y el enfoque de la mayoría respecto del papel de los tribunales nacionales en la determinación y evolución de las normas internacionales consuetudinarias, particularmente en el ámbito de la inmunidad del Estado.

Observando que la cuestión de la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales nacionales en casos relativos a las violaciones graves del derecho internacional humanitario ha sido objeto de considerable debate académico y recientemente ha dado lugar a decisiones ju-

diciales contradictorias, el Magistrado Yusuf afirma que la cuestión que se presentó a la Corte es de alcance mucho más limitado y estrecho, a saber, si la negativa de los tribunales italianos a conceder inmunidad de jurisdicción a Alemania con respecto a demandas de reparación de las víctimas por los crímenes nazis que carecían de otros recursos constituía un hecho internacionalmente ilícito. La Corte, sin embargo, dirige su análisis a la cuestión más general de saber si la inmunidad es aplicable a los actos ilícitos cometidos por las fuerzas armadas de un Estado durante un conflicto armado. A juicio del Magistrado Yusuf, esta formulación de las cuestiones básicas es “demasiado abstracta y formalista”, en comparación con la realidad de la vida de ciertas categorías de víctimas italianas de los crímenes nazis que vienen solicitando reparación por más de 50 años, se han visto desprovistas de esa reparación y, en consecuencia, han recurrido a los tribunales italianos en busca de un medio alternativo de reparación. Este argumento de “última instancia” es un elemento central en la controversia entre Alemania e Italia, pero la Corte no evalúa las consecuencias jurídicas del incumplimiento de Alemania en el otorgamiento de reparaciones a ciertas categorías de víctimas sobre el reconocimiento o la denegación de inmunidad a Alemania en los tribunales del Estado del foro en virtud del derecho internacional y, en cambio, se limita a expresar su “pesar” de que esto haya ocurrido.

El Magistrado Yusuf considera lamentable que la Corte no haya examinado la obligación de reparar las violaciones del derecho internacional humanitario en el derecho internacional en la medida en que tiene una incidencia directa sobre la concesión de inmunidad en las presentes actuaciones. Afirma que esta obligación está consagrada en el artículo 3 de la Cuarta Convención de La Haya (1907) y en el artículo 91 del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra (1949), y si bien la indemnización por causa de esas violaciones se ha gestionado, de larga data, a nivel interestatal, esto no significa que no se haya previsto que los individuos no sean o no hayan sido los presuntos beneficiarios últimos de tales mecanismos o que no les asiste el derecho de demandar indemnización. En las últimas dos décadas, ha habido más y más ejemplos de demandantes individuales que piden indemnización por las violaciones graves del derecho internacional humanitario, por ejemplo, las demandas ante los tribunales japoneses en la década de 1990 por personas que fueron sometidas a trabajo esclavo o torturas, u obligadas a servir como esclavas sexuales durante la segunda guerra mundial; las demandas presentadas ante los tribunales estadounidenses por el Movimiento Restitución del Holocausto, en nombre de los trabajadores forzados durante la guerra; el caso *Distomo* en Grecia y el caso *Ferrini* en Italia. El derecho sobre la responsabilidad del Estado no excluye la posibilidad de que las personas puedan adquirir derechos como resultado de un acto ilícito cometido por un Estado y en el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja al artículo 91 del Protocolo Adicional I se reconoce que desde 1945 ha ha-

bido una tendencia a reconocer el ejercicio de tales derechos por los individuos. La cuestión fundamental que tiene ante sí la Corte, por lo tanto, es qué sucede en el caso de violaciones del derecho internacional humanitario cuya responsabilidad ha sido reconocida por el Estado extranjero cuando algunas de las víctimas, sin embargo, no están amparadas por regímenes de reparación y, en consecuencia, se ven privadas de indemnización. ¿Se debiera permitir que ese Estado invoque inmunidad ante los tribunales nacionales para protegerse de la obligación de otorgar reparaciones?

En cuanto al ámbito de la inmunidad jurisdiccional, el Magistrado Yusuf afirma que, si bien la inmunidad del Estado es una norma de derecho consuetudinario y no una mera cuestión de cortesía internacional, su alcance se ha venido estrechando durante el siglo pasado, a medida que el derecho internacional evoluciona desde un ordenamiento jurídico centrado en el Estado hasta un ordenamiento jurídico que también protege los derechos de los seres humanos frente al Estado. La contracción del ámbito de aplicación de la inmunidad ha sido liderada por los tribunales nacionales, y si bien el derecho de la inmunidad es importante para el desarrollo de relaciones armoniosas entre los Estados, no es una norma de derecho cuyo alcance esté bien definido para todas las circunstancias o cuya estabilidad esté asegurada. La inmunidad del Estado está tan llena de agujeros como un queso suizo. Por lo tanto, no es convincente caracterizar algunas excepciones a la inmunidad diciendo que forman parte del derecho internacional consuetudinario, a pesar de la continua existencia de decisiones judiciales divergentes en el ámbito nacional, al tiempo que se interpreta que otras excepciones, basadas en decisiones igualmente conflictivas, justifican la inexistencia de normas consuetudinarias. Más apropiado sería, a su juicio, reconocer que el derecho consuetudinario en esta esfera sigue siendo fragmentario e inestable. El Magistrado Yusuf sostiene que estas incertidumbres del derecho consuetudinario no se pueden resolver mediante un ejercicio formalista que levante un inventario de las decisiones judiciales contradictorias de los tribunales nacionales, que ya son escasas en cuanto a las violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario, y mediante la realización de un cálculo matemático. Estima que el derecho internacional consuetudinario no es una cuestión de números relativos. Además, la inmunidad de jurisdicción del Estado no puede interpretarse en el vacío. Las características y circunstancias específicas de cada caso, la naturaleza de las cuestiones en juego y la evolución del derecho internacional son todos factores que se deben tener plenamente en cuenta. Así, pues, cuando las inmunidades jurisdiccionales entran en conflicto con derechos fundamentales consagrados en la normativa de los derechos humanos o del derecho humanitario, es preciso lograr un equilibrio entre las funciones y propósitos intrínsecos de la inmunidad y la protección y realización de los derechos humanos fundamentales y los principios del derecho humanitario. En el presente caso se trata del derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho a una

indemnización por daños y perjuicios sufridos como consecuencia de violaciones al derecho humanitario y el derecho a la protección contra la denegación de justicia. Se debieran invocar esos principios y debiera haber un análisis de la proporcionalidad y la legitimidad del propósito de conceder inmunidad, toda vez que las normas del derecho consuetudinario sobre la inmunidad del Estado o de las excepciones a dicha inmunidad sean fragmentarias o inestables, como ocurre en el presente caso. Por último, el carácter preliminar de la inmunidad de jurisdicción no impide que los tribunales nacionales, en este caso los tribunales italianos, evalúen el contexto en el que se ha presentado la reclamación con objeto de asegurar una caracterización jurídica adecuada de los hechos por los cuales se invoca la inmunidad y, cuando sea necesario, para equilibrar los diferentes factores subyacentes del caso a fin de determinar si la Corte puede ejercer su competencia.

El Magistrado Yusuf observa, además, que el derecho relativo a la inmunidad del Estado históricamente ha evolucionado mediante decisiones de los tribunales nacionales y que muchas de las excepciones actualmente aceptadas como tales, por ejemplo, la excepción por responsabilidad civil o la excepción del empleo, fueron establecidas inicialmente por uno o dos tribunales por vez. Excepciones importantes a la inmunidad, como estas, podrían haber tenido un destino muy diferente si, por ejemplo, la sentencia austríaca en *Holubek c. El Gobierno de los Estados Unidos de América* (ILR, vol. 40, 1962, pág. 73) se hubiera considerado como violación del derecho internacional sobre la inmunidad. De esa manera, se habría cortado de raíz una norma emergente, que ha venido a reflejar una *opinio juris* y una práctica estatal muy difundidas. Del mismo modo, las decisiones italianas, así como la decisión en *Distomo*, se pueden considerar como parte de un proceso evolutivo más amplio, en el que las decisiones de los tribunales nacionales han dado lugar a una serie de excepciones a la inmunidad de jurisdicción. Es evidente que las normas relativas a la inmunidad del Estado y el derecho de los individuos a la reparación de los crímenes internacionales cometidos por agentes del Estado están sufriendo una transformación. En la medida en que existe un conflicto entre la inmunidad de jurisdicción de los Estados y las demandas derivadas de los crímenes internacionales, la inmunidad del Estado no debe ser utilizada como pantalla para eludir el pago de las reparaciones a las que tengan derecho las víctimas de delitos. En circunstancias excepcionales, como las que tiene ante sí la Corte, cuando no haya otros medios de reparación disponibles, dicho conflicto se debiera resolver a favor de las víctimas de violaciones graves del derecho internacional humanitario. Esto no vulnera la independencia o la soberanía de los Estados. Contribuye simplemente a cristalizar una excepción emergente a la inmunidad del Estado, que se basa en la *opinio juris* muy difundida de asegurar la realización de ciertos derechos fundamentales de los seres humanos, como el derecho a un recurso efectivo, en

circunstancias en que las víctimas de lo contrario quedarían privadas de recursos.

En el análisis final, el Magistrado Yusuf afirma que sus comentarios no deben interpretarse en el sentido de que la inmunidad se ha de dejar de lado toda vez que las demandas de reparación de los crímenes internacionales cometidos por un Estado extranjero se someten a los tribunales nacionales. Indican, en cambio, la necesidad de interpretar el derecho en el sentido en que éste ya está evolucionando, es decir, una excepción limitada y viable a la inmunidad del Estado en circunstancias en que las víctimas de crímenes internacionales no tienen otro medio de reparación. El ejercicio de la competencia de los tribunales nacionales en esas circunstancias excepcionales en las que existe una falta de reparación por medio de otros recursos no puede alterar las relaciones armoniosas entre los Estados ni afectar a la soberanía de otro Estado. La protección de las víctimas de los crímenes internacionales frente a la denegación de justicia no puede constituir una violación del derecho internacional. Esa excepción a la inmunidad de jurisdicción, de acuerdo con el Magistrado Yusuf, armoniza el derecho sobre la inmunidad del Estado con la creciente ponderación normativa que la comunidad internacional atribuye a la protección de los derechos humanos y del derecho humanitario y a la realización del derecho a un recurso efectivo para las víctimas de crímenes internacionales.

Opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Gaja

1. La Corte considera que “el derecho internacional consuetudinario sigue exigiendo que se confiera inmunidad a un Estado en las actuaciones judiciales por actos ilícitos presuntamente cometidos en el territorio de otro Estado por sus fuerzas armadas y otros órganos del Estado en el curso de un conflicto armado”. Sin embargo, un análisis de la práctica pertinente de los Estados relativa a la “excepción por respon-

sabilidad civil” a la inmunidad del Estado no parece justificar una conclusión tan clara.

2. La Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes estatuye una “excepción por responsabilidad civil”. No concede inmunidad a los Estados extranjeros con respecto a sus acciones militares, aunque los trabajos preparatorios incluyen elementos que sugieren que las “situaciones relativas a conflictos armados” no están abarcadas por la Convención.

3. Nueve de diez Estados que sancionaron legislación sobre la inmunidad del Estado extranjero reconocen la “excepción por responsabilidad civil”. Algunas de estas leyes consideran que la inmunidad existe, no obstante, en lo que respecta a la conducta de las fuerzas militares extranjeras, pero estas leyes solo se refieren a fuerzas visitantes y no a las de un Estado extranjero u ocupante. Es significativa la práctica de estos nueve Estados que no ha sido impugnada. Si las excepciones declaradas a la inmunidad fueran infundadas a tenor del derecho internacional general, estos Estados incurrirían en responsabilidad internacional.

4. La variedad de las decisiones judiciales nacionales muestra que la cuestión se ubica en una “zona gris” en la que los Estados pueden adoptar diferentes posiciones sin apartarse necesariamente de los requisitos del derecho internacional general.

5. Un factor que podría contribuir a justificar un enfoque restrictivo de la inmunidad de los Estados al aplicar la “excepción por responsabilidad civil” es la naturaleza de la obligación (por ejemplo, una obligación en virtud de una norma imperativa) cuyo incumplimiento motiva una acción por reparación contra un Estado extranjero.

6. La Corte debería haber decidido que, al menos para ciertas decisiones de los tribunales italianos, el ejercicio de la competencia no podía ser considerado contrario al derecho internacional general.