

LA LEY ORGÁNICA 16/2015 SOBRE INMUNIDADES:
¿APORTA UNA MAYOR SEGURIDAD JURÍDICA
A LOS OPERADORES DEL DERECHO?
UNA VALORACIÓN PROVISIONAL

Jaume FERRER LLORET

Catedrático de Derecho internacional público y relaciones internacionales
Universidad de Alicante

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS EXCEPCIONES A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN: LA DEFINICIÓN DE TRANSACCIÓN MERCANTIL.—3. LAS EXCEPCIONES A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN: LAS LESIONES A LAS PERSONAS.—4. LAS EXCEPCIONES A LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN.—5. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

Con la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con Sede u Oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España¹ (LO 16/2015), adoptada en el Parlamento español por una amplísima mayoría tras haber sido tramitada meteóricamente por el procedimiento de urgencia², España se suma al reducido grupo de Estados

¹ BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2015.

² El Proyecto de LO fue presentado por el Gobierno en el Parlamento el 3 de agosto de 2015 y tras una rapidísima tramitación, fue aprobado en el Congreso el 1 de octubre de 2015 por 302 votos a favor, uno en contra (Salvador Antonio de la Encina Ortega, Diputado del Grupo Socialista, quien como es obvio no respetó la disciplina de voto de su grupo parlamentario) y seis abstenciones (un diputado del Grupo Popular —Enrique Luis Martín Rodríguez, quien tampoco acató la disciplina de voto—, los cuatro del Grupo Vasco, y un Diputado del Grupo Mixto —Carlos Casimiro Salvador Armendáriz,

que han promulgado legislación interna dedicada a este sector de normas, a fecha de hoy regulado a nivel internacional fundamentalmente por normas consuetudinarias. En efecto, la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (Convención de 2004), adoptada, por consenso, por la Asamblea General (AG) mediante la Resolución 59/38, de 2 de diciembre de 2004, todavía no ha entrado en vigor, puesto que en enero de 2016, solo 21 Estados la habían ratificado, no habiéndose alcanzado, por tanto, el número de ratificaciones exigido para su entrada en vigor, un total de treinta (art. 30 de la Convención de 2004)³.

España es uno de los 21 Estados que ha ratificado este Convenio, en concreto depositó el instrumento de adhesión el 21 de septiembre de 2011 (no el 11 de septiembre de 2011 como se dice en el Preámbulo de la LO 16/2015), sin incluir —conviene insistir en ello como más adelante se comprobará—, ninguna reserva ni declaración interpretativa. Aunque la Convención de 2004 no está en vigor, en virtud de las interacciones normativas propias de los procesos de formación de normas internacionales, se puede concluir que la mayor parte de sus disposiciones son expresión del Derecho Internacional (DI) consuetudinario en vigor, en particular al menos con relación a los Estados que han firmado y/o ratificado este Convenio —entre ellos, España—, obligados a no frustrar el objeto y el fin de este tratado antes de su entrada en vigor (art. 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969)⁴. De hecho, con la LO 16/2015 España viene a ejecutar en su ordenamiento interno las obligaciones internacionales a fecha de hoy de naturaleza consuetudinaria que están recogidas en la Convención de 2004 —con las salvedades que a continuación se comentarán—, con lo que contribuye con su práctica legislativa a afirmar la naturaleza declarativa de las disposiciones de este Convenio, sin perjuicio, por supuesto, de su futura entrada en vigor como norma convencional⁵. Además, el legislador español ha aprovechado

de Unión del Pueblo Navarro—). Por tanto, salvo la abstención de los diputados del Grupo Vasco y algunos otros diputados, alguno de ellos seguramente despistado a la hora de votar, esta LO recibió un respaldo parlamentario casi unánime. Y en el Senado el 15 de octubre de 2015, por 205 votos a favor, uno en contra y 11 abstenciones. La documentación sobre la tramitación parlamentaria de la LO 16/2015 puede ser consultada en: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wcv/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28121%2F000162*.NDOC.%29 (todas las páginas web citadas han sido consultadas el 15 de enero de 2016).

³ Aunque solo 28 Estados han firmado la Convención de 2004 y 21 la han ratificado, entre tales Estados se cuentan buena parte de las grandes potencias mundiales y regionales, así como algunas potencias medias; como firmantes, China, India, Federación Rusa y Reino Unido; y entre los que lo han ratificado, Austria, Francia, Italia, Japón, México, Noruega, Arabia Saudí, Suecia y Suiza, además de España: véase https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en.

⁴ Aunque resulte un tanto paradójico, como se demuestra en este caso, en bastantes ocasiones el proceso codificador dirigido a la creación de normas convencionales, despliega sus principales consecuencias jurídicas en el terreno de las normas consuetudinarias: véase FERRER LLORET, J., *El consenso en el proceso de formación institucional de normas en el Derecho internacional*, Barcelona, Atelier, 2006, pp. 215 y ss.

⁵ Desde esta perspectiva, resulta criticable que en la DF 6.^a, solo se prevea la posibilidad de «conurrencia normativa» de la LO 16/2015 con las disposiciones de cualquier tratado internacional del que

la ocasión para ocuparse de otras cuestiones no reguladas en la Convención de 2004, ya sea porque lo están en otros tratados, ya sea porque son objeto exclusivamente de normas consuetudinarias (inmunidades de las Organizaciones internacionales, inmunidades de las fuerzas armadas visitantes, etc.).

En el marco de esta nueva Sección de la *Revista*, dedicada a servir como foro de debate, en las siguientes páginas se van a analizar de forma muy breve algunas de las soluciones normativas que ofrece la LO 16/2015, referidas todas ellas a lo que se puede considerar como el núcleo de la misma —el régimen de las inmunidades jurisdiccionales del Estado—, y siempre desde la perspectiva del objetivo principal que se persigue por el legislador con su promulgación, como así se insiste en su Preámbulo, que no es otro que aportar una mayor seguridad jurídica para los operadores del Derecho; a saber las siguientes: las excepciones a la inmunidad de jurisdicción: la definición de transacción mercantil (2); las excepciones a la inmunidad de jurisdicción: las lesiones a las personas (3); y las excepciones a la inmunidad de ejecución (4). Por último, se ofrece una valoración de esta nueva normativa, necesariamente provisional, como es obvio a la espera del obligado examen que durante los próximos años deberá pasar en general ante todos los operadores del Derecho y más en particular ante los tribunales españoles (5).

2. LAS EXCEPCIONES A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN: LA DEFINICIÓN DE TRANSACCIÓN MERCANTIL

La LO 16/2015 recoge como primera excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero, su participación en «procesos relativos a transacciones mercantiles» (art. 9), y previamente reproduce en su art. 2.*n*) la definición de «transacción mercantil» que recoge la Convención de 2004 en su art. 2.1.*c*), en la versión en español de este convenio, una de las seis versiones auténticas (art. 33)⁶. Cabe añadir, además, que la falta de acuerdo sobre la definición de transacción mercantil fue uno de los principales motivos por los que el proceso codificador que dio lugar a este Convenio se demoró durante varias décadas, en el marco de una discusión casi interminable sobre si se debía dar mayor importancia al criterio de la naturaleza o al de la finalidad del contrato o transacción, y sobre todo si para determinar esta última se debía tener en cuenta la práctica del Estado parte en el contrato o transacción mercantil, demandado ante los tribunales del Estado del foro, o si por el contrario se debía tomar como referencia la práctica del Estado del

España sea Parte —y como es de esperar se preceptúa que en este caso las disposiciones convencionales internacionales tendrán preferencia—; ya que no se ha previsto también la, aunque menos probable pero no desde luego imposible, «conurrencia normativa» con normas consuetudinarias de DI. Debe entenderse que en este supuesto se aplicarían también con preferencia estas últimas, de conformidad con el art. 96.1 de la Constitución Española (CE).

⁶ Todas ellas se pueden consultar en la página web del depositario, el secretario general de la Organización de las Naciones Unidas (ONU): véase https://treaties.un.org/doc/Treaties/2004/12/20041202%2003-50%20PM/CH_III_13p.pdf.

foro. Ahora bien, en este punto cabe advertir el muy distinto tenor literal que presenta la versión en español de la Convención de 2004, respecto de sus versiones en inglés y francés, en las que se prevé que la práctica relevante a los efectos de tener en cuenta el criterio de la finalidad es la del Estado del foro, y no la del Estado parte en el contrato o transacción, como prevé la versión española. Todo indica que la solución que sobre este punto se asume en las versiones en inglés y francés de la Convención de 2004, fue la que permitió que se alcanzara el consenso necesario en la AG para poder concluir el proceso codificador emprendido por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) a finales de los setenta⁷.

Por tanto, el legislador español, siempre en aras de ofrecer una mayor seguridad jurídica, debería haber tenido en cuenta lo dispuesto en las versiones inglesa y francesa de la Convención de 2004, a la hora de regular en nuestro ordenamiento la excepción a la inmunidad de jurisdicción por participar el Estado extranjero en procesos relativos a transacciones mercantiles. E incluso al depositar el instrumento de adhesión, España debería haber presentado una declaración interpretativa dirigida a aclarar y resolver la divergencia que presenta la versión en español de la Convención de 2004 con relación a las versiones en inglés y francés. Por regla general, a los particulares que litiguen ante los tribunales españoles contra Estados extranjeros les beneficiará que, en su caso, al aplicar el criterio de la finalidad se tenga en cuenta la práctica del Estado del foro, en este caso España; puesto que desde el punto de vista de la seguridad jurídica esta solución les ofrece mayores garantías que la remisión a la práctica del Estado que es parte en el contrato o la transacción, lo que además exigiría un esfuerzo más que notable a los jueces españoles, a quienes correspondería decidir en última instancia cuál es la finalidad que sobre este tema rige en la práctica de cualquiera de los 193 miembros de la ONU.

A la inversa, desde la perspectiva de los intereses de España como Estado demandado ante los tribunales internos de terceros Estados, tampoco parece que le vaya a favorecer la defensa de la versión en español de la Convención

⁷ El tenor literal de la versión en inglés es el siguiente: «*In determining whether a contract or transaction is a "commercial transaction" under paragraph 1.c), reference should be made primarily to the nature of the contract or transaction, but its purpose should also be taken into account if the parties to the contract or transaction have so agreed, or if, in the practice of the State of the forum, that purpose is relevant to determining the noncommercial character of the contract or transaction*». En la interpretación que de este precepto llevan a cabo Gerhard Hafner y Ulrike Köhler, el criterio principal que se regula en esta disposición es el de la naturaleza, a menos que las partes en el contrato o transacción acuerden otra cosa, o si en la práctica del Estado del foro el criterio de la finalidad es relevante. En efecto, a pesar del tenor literal de la versión en español, para estos autores (el primero fue nombrado en 1999 presidente del Comité Especial creado por la AG para culminar la negociación sobre el texto del proyecto de convenio que luego se convertiría en la Convención de 2004) «*The practice of the defendant State, however, according to this final text is no decisive factor any more*»: véase HAFNER, G. y KÖHLER, U., «The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property», *NYIL*, vol. XXXV, 2004, pp. 3-49. Sobre este mismo planteamiento, claro está de conformidad con el tenor literal de la versión francesa: véase PINGEL, I., «Observations sur le Convention du 17 janvier 2005 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens», *JDI*, vol. 132, 2005, núm. 4, pp. 1045-1066, pp. 1048-1049.

de 2004 que propugna la LO 16/2015. A la vista de la historia legislativa de este Convenio y de la claridad con la que se pronuncian sobre este punto las versiones en inglés y francés, a España seguramente le va a resultar muy complicado, sino casi imposible, mantener y finalmente imponer ante los tribunales de terceros Estados la tesis según la cual la solución a aplicar es la que se recoge en la versión en español de la Convención de 2004.

3. LAS EXCEPCIONES A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN: LAS LESIONES A LAS PERSONAS

El art. 12 de la LO 16/2015 recoge lo dispuesto sobre este tema en el art. 12 de la Convención de 2004, con algunos cambios en el tenor literal seguramente dirigidos a mejorar la redacción. Sobre todo, se debe destacar que esta excepción a la inmunidad de jurisdicción está referida a los procesos relativos a una acción de indemnización pecuniaria por muerte o lesiones a las personas y daños a los bienes, por un acto u omisión atribuibles al Estado extranjero, *que se hayan producido total o parcialmente en territorio español*, y siempre que el autor material se encontrara en territorio español en el momento de producirse el acto u omisión. Por tanto, no se prevé una excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero ante los tribunales españoles respecto de demandas relativas a lesiones a las personas atribuibles a un Estado extranjero que se hayan producido fuera del territorio de España, en el marco de lo que se podría denominar como jurisdicción civil universal ante violaciones graves de los derechos humanos, tema sobre el que se ha desarrollado un intenso debate doctrinal⁸.

⁸ Sobre todo a partir de la práctica judicial y legislativa interna, y también ante tribunales internacionales, protagonizada, por una parte, por los Estados Unidos —secundada más recientemente por Canadá— con relación a las demandas presentadas ante sus tribunales internos por víctimas de atentados terroristas cometidos en el territorio de terceros Estados y responsabilidad de Estados que el ejecutivo estadounidense considera que son «a *State sponsor of terrorism*»; y, por otra, por Grecia e Italia, referida eso sí a violaciones graves de los derechos humanos cometidas en situaciones de conflicto armado, transcurridas durante la Segunda Guerra Mundial, en su mayoría en el propio territorio de estos dos Estados. Más en concreto, en el caso de Italia las demandas presentadas ante sus tribunales dieron lugar a una controversia con Alemania que fue finalmente resuelta con la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de 3 de febrero de 2012, en el caso de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia; intervención de Grecia)*. No obstante, este asunto continúa siendo objeto de pronunciamientos por los tribunales italianos, donde destaca la Sentencia de la *Corte Costituzionale* de 22 de octubre de 2014, en la que, con el objetivo de garantizar el cumplimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se declara la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley núm. 5, de 14 de enero de 2013, con la que Italia se adhiere a la Convención de 2004, y de la Ley núm. 848, de 17 de agosto de 1957, con la que Italia incorpora en su ordenamiento interno la Carta de la ONU, en particular su art. 94, en el que se prevé el obligado cumplimiento de las sentencias de la CIJ. Cabe destacar, con relación al debate doctrinal sobre este tema, la reciente Resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional (IDI) el pasado 30 de agosto de 2015 en su sesión de Tallin, titulada «Universal Civil Jurisdiction with regard to Reparation for International Crimes», en la que se defiende la vía de los tribunales internos de cualquier Estado para que las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos obtengan una reparación por el daño sufrido y se incluye en el art. 5 que «*the immunity of States should not deprive victims of their right to reparation*», sin más concreción. Esta Resolución es producto de la ponencia presentada por Andreas Bucher, especialista en DI privado

Por tanto, el legislador español se ha limitado a seguir al pie de la letra lo dispuesto en la Convención de 2004, sin que se tenga en cuenta en la aplicación de este precepto la tradicional distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, con lo que se niega la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero incluso en el caso, por ejemplo, de un asesinato político (asunto *Letelier*), siempre que se cometa en el territorio del Estado del foro⁹. Aunque en las situaciones de conflicto armado no se aplica esta excepción y se mantiene la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero, incluso respecto de los actos cometidos en el territorio del Estado del foro¹⁰, como debería haber previsto expresamente el legislador en el citado art. 12, siempre con el objetivo de ofrecer una mayor seguridad jurídica, por poco probables que a fecha hoy puedan ser, por fortuna, tales situaciones en el territorio de España¹¹.

De otro modo, si se regulara la jurisdicción civil universal de los tribunales españoles y se aceptara la mencionada excepción a la inmunidad de jurisdicción, España se podría convertir en el foro judicial al que podrían acudir las víctimas de las violaciones graves de los derechos humanos habidas en cualquier Estado, que no hubieran recibido la correspondiente protección ante los tribunales del Estado en cuyo territorio se hubieran cometido, para exigir ante los tribunales españoles una indemnización al Estado responsable de las mismas. No parece que esta sea una solución realista y viable; desde luego, el Derecho comparado en el ámbito regional europeo no la sustenta. Por lo demás, lo dispuesto por la LO 16/2015 en este apartado, se puede poner en relación con las fuertes restricciones legislativas que en España han afectado a la jurisdicción penal universal durante las dos últimas legislaturas, asimismo objeto de un prolongado debate doctrinal que no es posible abordar en esta sede¹².

(y, por cierto, autor de un curso en la Academia de la Haya de DI sobre este mismo tema, publicado en el Vol. 372, 2014, pp. 9-127), y de los debates desarrollados en la Comisión 1.ª del IDI formada mayoritariamente por especialistas en esta misma disciplina, en los que se pone de manifiesto que la cuestión de la inmunidad de jurisdicción del Estado recibió muy poca atención, dado que con muy pocas excepciones (Lady Fox o Giorgio Gaja realizaron diversas observaciones sobre el proyecto de art. 5), el resto de miembros de la Comisión no se habían ocupado del estudio de este sector de normas del DI —Público—.

⁹ En su Dictamen al Anteproyecto de LO 16/2016, de 23 de julio de 2015 (693/2015), el Consejo de Estado califica de «progresiva» esta solución normativa y rechaza la sugerencia formulada por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al mismo Anteproyecto de 28 de mayo de 2015 (pp. 50-51), de aceptar la «jurisdicción civil universal» y extender extraterritorialmente esta excepción a la inmunidad de jurisdicción en caso de violación de normas internacionales de *ius cogens*.

¹⁰ Según concluyó la CIJ en su citada Sentencia de 3 de febrero de 2012: véase FERRER LLORET, J., «La insostenible levedad del Derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado», *REVI*, 2012, núm. 24, pp. 1-36, pp. 6 y ss.

¹¹ Aunque a la vista de lo ocurrido durante la última década en Italia y Grecia, podría darse el caso, por ejemplo, de que se presentara una demanda ante los tribunales españoles contra Alemania exigiendo una indemnización por los bombardeos de la aviación alemana durante la guerra civil española contra algunas poblaciones, como es el tristemente famoso bombardeo de Guernica en 1937.

¹² A través de la LO 1/2009 (*BOE* núm. 266, de 4 de noviembre de 2009), y la LO 1/2014 (*BOE* núm. 63, de 14 de marzo de 2014). Se puede apuntar que, entre otros aspectos de estas dos reformas legales, resulta del todo criticable que en la actual redacción del art. 23.4 de la LOPJ se exija la con-

También es cierto que a la hora de depositar el instrumento de adhesión a la Convención de 2004, España podría haber añadido una declaración según la cual lo dispuesto en este convenio no afecta a cualquier futuro desarrollo normativo internacional en el ámbito de la protección de los derechos humanos, como han hecho otros Estados Partes en este Convenio caracterizados por defender, por regla general, las posturas más progresistas por lo que se refiere a este último sector de normas del DI¹³. En coherencia, a la hora de regular en su legislación interna la mencionada excepción a la inmunidad de jurisdicción contenida en el art. 12, también se podría haber incluido una cláusula de ese mismo tenor literal, con la que se dejaría abierta la puerta a futuros desarrollos normativos, concretados, claro está, en normas internacionales que vinculasen a España.

En todo caso, en vez de asumir los riesgos que podría suponer para España protagonizar una postura unilateral a través de su legislación interna, permitiendo, con más o menos condiciones (por ejemplo, solo con relación a crímenes especialmente graves, como el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra...), un alcance extraterritorial a la excepción recogida en el art. 12 de la LO 16/2015 que iría más allá de lo dispuesto por la Convención de 2004 y que a buen seguro se convertiría en una fuente de conflictos jurídicos con terceros Estados; los desarrollos progresivos del DI en este tema se deben propugnar desde la estructura institucional, en el ámbito de las Organizaciones internacionales de las que España es miembro y por la vía de la celebración de los correspondientes instrumentos convencionales. En el ámbito regional europeo, por ejemplo, mediante la adopción de un protocolo a la Convención Europea de los Derechos Humanos (CEDH) que permita la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que establecen indemnizaciones ante los tribunales internos de cualquier Estado parte en la CEDH. Se trataría, en definitiva, de que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos reconocidas en una sentencia del TEDH pudieran presentar una acción indemnizatoria contra el Estado responsable de tales violaciones con el alcance establecido en la propia sentencia¹⁴.

dición de que para perseguir a un autor de genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra que sea extranjero y se encuentre en España pero no resida habitualmente en España, *las autoridades españolas hayan denegado su extradición*. Esta última condición (unida a la exigencia de que tales delitos solo serán perseguibles previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal: art. 23.6), convierte casi en una hipótesis de laboratorio que los tribunales españoles puedan perseguir a un extranjero que no sea residente habitual pero se encuentre en España, y en general desvirtúa el ejercicio del principio de jurisdicción penal universal con respecto a las tres figuras delictivas mencionadas, ya que va a ser muy poco frecuente que los presuntos autores de los crímenes señalados establezcan su residencia habitual en España.

¹³ En concreto se trata de Finlandia, Liechtenstein, Noruega y Suecia. También incluyen una Declaración con la que salvaguardan su posición jurídica respecto de la evolución del ordenamiento internacional en el ámbito de la protección del ser humano frente a violaciones graves de los derechos humanos, Italia y Suiza.

¹⁴ Falta por ver, claro está, si estas propuestas de *lege ferenda* serán aceptadas por los Gobiernos y Parlamentos de los Estados parte en la CEDH, algo que no resulta nada fácil de predecir: véase FERRER

4. LAS EXCEPCIONES A LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN

En este punto, la LO 16/2015 se aparta de lo dispuesto en la Convención de 2004, con el objetivo de ampliar algo más el alcance de las excepciones a la inmunidad de ejecución con posterioridad a la resolución judicial, seguramente la cuestión que más controversias suscita en la práctica de los tribunales internos. En efecto, por lo que se refiere a las medidas de ejecución antes de que se dicte resolución judicial, tanto la LO 16/2015 como la Convención de 2004, solo admiten tales medidas si se da el consentimiento expreso o tácito del Estado extranjero.

Según la Convención de 2004, una vez dictada la resolución judicial, además por supuesto de las medidas de ejecución consentidas por el Estado extranjero, también se admiten medidas de ejecución contra bienes que cumplan tres condiciones: *a)* se utilicen por el Estado «para fines distintos de los fines oficiales no comerciales»; *b)* se encuentren en el territorio del Estado del foro, y *c)* «tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso» [art. 19.c)]. La LO 16/2015 mantiene las dos primeras condiciones, pero modifica el tenor literal y el contenido sustantivo de la tercera, de modo que permite la ejecución contra bienes del Estado que «tengan un nexo con el Estado contra el que se ha incoado el proceso, aunque se destinen a una actividad distinta de la que dio lugar al litigio» (art. 17.2). Debe destacarse, por una parte, la notable diferencia que puede darse en la práctica a la hora de valorar si el «nexo»¹⁵ se establece con una «entidad» de un Estado (Convención de 2004)¹⁶, o si basta que exista un «nexo» con el Estado extranjero como tal (LO 16/2005), segundo supuesto que desde luego no resulta tan restrictivo para los intereses de los particulares que están litigando contra un Estado extranjero. Lo mismo se puede decir con relación a la frase con la que se cierra el citado art. 17.2, que permite ejecutar los bienes del Estado extranjero, «aunque se destinen a una actividad distinta de la que dio lugar al

LLORET, J., «La inmunidad de jurisdicción del Estado ante violaciones graves de los derechos humanos», *REDI*, 2007, núm. 1, pp. 29-63, pp. 55 y ss.

¹⁵ En el art. 19.c) se habla de «nexo» entre el bien y la entidad, mientras que en el Entendimiento —véase la siguiente nota— se cita incorrectamente dicha disposición, al referirse a los «bienes que estén vinculados a la entidad». Este error no se comete en la versión en inglés, ya que tanto en el art. 19 como en la disposición del «Entendimiento» referida a ese mismo art. 19, se utiliza la expresión «*connection*». Al igual que en la versión en francés, en la que se hace uso del término «*lien*».

¹⁶ En relación con el art. 19, en el «Entendimiento» que se incluye como Anexo a la Convención de 2004 —véase *infra* último epígrafe de esta contribución— se formulan tres aclaraciones. En primer lugar, que «la expresión “entidad” del apartado c) designa al Estado en tanto que persona jurídica independiente, unidad constitutiva de un Estado federal, subdivisión de un Estado, organismo o institución de un Estado u otra entidad que goce de personalidad jurídica independiente», lo que resulta coherente con la definición de Estado del art. 2.b) que propone la propia Convención. En segundo lugar, que «la expresión “bienes que estén vinculados a la entidad” del apartado c) se entenderá en un sentido más amplio que el de “propiedad” o “posesión”». Por último, que en el art. 19 también se deja sin «prejuizar» la «cuestión del “levantamiento del velo de las personas jurídicas”, cuestión que se refiere al supuesto en que una entidad estatal haya tergiversado intencionadamente su situación financiera o haya reducido ulteriormente sus activos para evitar atender una reclamación», así como «las demás cuestiones conexas».

litigio», previsión esta última que no está contemplada en la Convención de 2004, si bien tampoco parece que la contravenga.

Por un lado, la solución normativa que asume la LO 16/2015 puede beneficiar los intereses de los particulares que litiguen contra Estados extranjeros, ya que en comparación es algo menos restrictiva que la regulación que recoge la Convención de 2004, por lo que se refiere a la posibilidad de que se ejecuten los bienes de un Estado extranjero. Además, tiene en cuenta en buena medida la posición jurídica manifestada por el Tribunal Constitucional (TC), quien en su jurisprudencia sostiene que para que se pueda llevar a cabo la ejecución del bien de un Estado extranjero, no es necesario que exista una relación directa entre el objeto del litigio y el bien susceptible de embargo, ni un nexo entre este último y la entidad demandada¹⁷.

Por otro, lo cierto es que como ya se ha señalado en el momento de presentar el instrumento de adhesión a la Convención de 2004, España no formuló ninguna reserva ni declaración interpretativa a las disposiciones de este Convenio, incluido su art. 19.c)¹⁸. Y dado que al ejecutar este precepto en su ordenamiento interno el legislador español ha decidido no seguir al pie de la letra lo que en él se preceptúa, resulta difícil predecir si la aplicación del art. 17.2 de la LO 16/2015 por los tribunales españoles será fuente de controversias jurídicas con otros Estados partes en la Convención de 2004, o incluso con otros Estados no partes que aleguen la naturaleza declarativa de su art. 19.c) como expresión del DI consuetudinario en vigor¹⁹. En todo caso, nuestros tribunales deberán aplicar siempre la previsión recogida en la DF 6.^a, en la que se confirma la preferencia de los tratados —y como se ha señalado en nota a pie *supra* 5, también las normas consuetudinarias— en los que España sea parte sobre las disposiciones de la LO 16/2015, en caso de «conurrencia normativa». Con esta desviación de lo dispuesto en la Convención de 2004, aunque falta por ver la relevancia que pueda presentar en la práctica judicial interna —y también ante terceros Estados ante cuyos tribunales el Estado español pueda ser objeto de una demanda para la ejecución de sus bienes—²⁰,

¹⁷ Véanse, entre otras, las SSTC 107/1992, 292/1994, 18/1997 y 176/2001.

¹⁸ Noruega ha presentado una «Declaración» —más bien reserva a todos los efectos—, según la cual se admiten las medidas de ejecución antes de que se dicte el fallo sobre bienes del Estado extranjero en las mismas condiciones que se exigen para adoptar medidas de ejecución posteriores al fallo. Hasta la fecha ningún Estado ha «objettato» esta Declaración; ni ha sido secundada por otros Estados.

¹⁹ Véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., «La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005)», *CDT*, vol. 3, 2011, pp. 145-169, p. 164.

²⁰ Se debe tener en cuenta que muy probablemente la práctica legislativa y judicial de España en este sector normativo podrá ser utilizada para sustentar las demandas que se presenten contra España ante terceros Estados, dirigidas a conseguir la ejecución de los bienes que pueda tener España en el extranjero. Se puede traer a colación, por ejemplo y en esta dirección, el aluvión de demandas presentadas durante los últimos años contra España ante los mecanismos internacionales de solución de controversias relativas a inversiones, por inversores extranjeros con motivo de los denominados «recortes a las renovables», y la problemática que puede presentar la ejecución ante los tribunales de terceros Estados de los laudos condenatorios que, en su caso, se dicten contra España.

el legislador en este punto no garantiza la seguridad jurídica que se predica como principal objetivo de la promulgación de la LO 16/2015 —véase *infra* el epígrafe 5 de esta contribución—, y en última instancia traslada a los jueces la tarea, en ocasiones bastante compleja, de resolver las relaciones e interacciones entre el DI —convencional y consuetudinario— y el Derecho interno español en este sector de normas²¹.

Por otra parte, la LO 16/2015 no contempla la creación de un fondo de compensación financiado por el Gobierno español y destinado a indemnizar a los particulares cuyos derechos hayan sido vulnerados por Estados extranjeros, sin que hayan podido obtener una satisfacción patrimonial a causa de la inmunidad de ejecución de la que disfrutaban, como se ha defendido desde algún sector de la doctrina española²². Pero resulta muy discutible que el contribuyente español deba constituirse en garante patrimonial último de todas las controversias que se susciten entre particulares y Estados extranjeros ante los tribunales españoles, cualquiera que sea su naturaleza; de hecho, el Derecho comparado no confirma que esta sea una solución habitualmente regulada en los ordenamientos internos, lo que se puede explicar por la muy distinta naturaleza de las demandas que pueden presentar los particulares contra Estados extranjeros y la muy diversa tipología de actores no gubernamentales y de Estados que pueden verse afectados por tales demandas²³.

Por ello, de *lege ferenda*, la constitución de un fondo de compensación se debe defender solamente con relación a los procesos relativos a la indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes, previstos en el citado art. 11 de la LO 16/2015, que estarán protegidos por los seguros obligatorios de responsabilidad a terceros; así como en el caso de procesos relativos a contratos de trabajo (art. 10), que también contarán con la garantía de determinados Fondos (FOGASA). Por lo que el coste para el contribuyente de constituir un fondo de compensación con este alcance podría ser muy reducido, sin perjuicio de la importancia de su existencia para evitar la indefen-

²¹ Cabe añadir, por lo que se refiere a los bienes del Estado, que según el art. 21 de la Convención de 2004 no pueden ser objeto de ejecución en ningún caso —salvo que medie consentimiento del Estado—, que el legislador español asume la lista de tales bienes en el art. 20 de la LO 16/2015, aunque añade que las cuentas bancarias destinadas «exclusivamente» a fines distintos de los públicos no comerciales sí podrán ser objeto de medidas de ejecución. Esta última previsión cabe considerarla como ajustada a la Convención de 2004 y, además, resulta conforme con la jurisprudencia mantenida por nuestro TC en las sentencias *supra* citadas (véase la nota 17); si bien, debe destacarse la dificultad que para el particular presentará en la práctica forense la prueba de que tales cuentas están destinadas «exclusivamente» a los mencionados fines.

²² ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «El estatuto internacional del Estado: la inmunidad soberana del Estado extranjero (jurisdicción y ejecución)», en MANGAS MARTÍN, A. (ed.), *Cuestiones prácticas de Derecho internacional público y cooperación jurídica internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 91-223, p. 133.

²³ Cabe plantear, por ejemplo, la hipótesis de que los denominados «fondos buitres» presentaran una demanda contra Argentina ante los tribunales españoles y estos se declararan competentes, como así lo han hecho los tribunales de Nueva York. Si Argentina resultara condenada a pagar una indemnización y no se pudieran ejecutar sus bienes en España, ¿debería ser el contribuyente español quien sufragara en última instancia tales indemnizaciones?

sión del particular en supuestos que en la práctica probablemente serán muy excepcionales²⁴.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Se puede estar de acuerdo con la conveniencia de adoptar una ley interna, con la que, como se señala en el Preámbulo de la LO 16/2015, se pretende ante todo ofrecer una mayor seguridad jurídica a todos los actores que intervienen en el tráfico jurídico en este sector de normas y, en particular, a los jueces y magistrados españoles, a quienes hasta ahora les correspondía la difícil tarea de determinar y aplicar el DI consuetudinario en un ámbito jurídico del ordenamiento internacional en constante evolución durante las últimas décadas; en bastantes ocasiones, además, en colisión con el respeto de un derecho fundamental, como es el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE).

No obstante, como se acaba de exponer de forma muy breve con relación a algunas disposiciones de la LO 16/2015, se pueden plantear bastantes dudas sobre si el legislador español ha conseguido este objetivo de forma satisfactoria. Cabe añadir, en esta dirección, que de cara a conseguir este objetivo, ofrecer una mayor seguridad jurídica, el legislador español —conviene insistir en que una vez depositado el instrumento de adhesión de la Convención de 2004 por España el 21 de septiembre de 2011— también debería haber incorporado en el articulado de esta nueva ley, el contenido del denominado «Entendimiento» que se incluye como anexo a la Convención de 2004 y que, según su art. 25, «forma parte integrante de ella» y ha sido redactado para «establecer el significado» de los arts. 10, 11, 13, 14, 17 y 19²⁵. Por ejemplo, con relación al art. 17 de la Convención de 2004, en el «Entendimiento» se establece que «la expresión “transacción mercantil” incluye las cuestiones relativas a las inversiones»; se debería haber incluido esta previsión en el art. 16 de la LO 16/2015, con la finalidad de resolver cualquier duda que a este respecto pudiera surgir ante los tribunales españoles.

La LO 16/2015 es la última de las tres importantes leyes que en materia de DI se han promulgado durante esta pasada legislatura²⁶. No se puede negar,

²⁴ FERRER LLORET, J., «La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España», *AEDI*, vol. 23, 2007, pp. 3-61, pp. 53 y ss.

²⁵ Este «Entendimiento», alcanzado en febrero de 2003 en el Comité Especial creado por la AG, permitió lograr el acuerdo necesario para poder adoptar por consenso la Convención de 2004. En la valoración de uno de los participantes en las negociaciones en el Comité, «*these understandings formed a critical component of the negotiate solution to various substantive difficulties*»: véase STEWART, D. P., «The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property», *AJIL*, vol. 99, 2005, pp. 194-211, p. 42.

²⁶ Como se señala en su Preámbulo, «esta LO se erige, además, en complemento idóneo de las otras leyes en materia de Derecho internacional aprobadas durante esta legislatura, a saber, la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (*BOE* núm. 74, de 26 de marzo de 2014) y la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (*BOE* núm. 288, de 28 de noviembre de 2014)».

por tanto, la activa labor legislativa que en el campo del DI, y siempre a propuesta del Gobierno, han protagonizado las cámaras legislativas a lo largo de estos últimos cuatro años; en comparación con la desidia que ha caracterizado a los anteriores periodos parlamentarios de la España democrática, cualquiera que fuese el partido político en el Gobierno.

Ahora bien, si la tramitación parlamentaria de la Ley 25/2014 se prolongó durante trece meses y como se ha dicho, «la ley es manifiestamente mejorable y sería aconsejable su modificación, aunque uno pueda ser escéptico acerca de la probabilidad a corto plazo de que la recomendación se transforme en acción política»²⁷; el paso por las Cortes de la LO 16/2015 fue fugaz, duró algo más de dos meses —si se cuenta el mes de agosto— en una aplicación vertiginosa del procedimiento legislativo de urgencia, y con relación a los resultados normativos obtenidos también se puede compartir esta misma conclusión.

Palabras clave: inmunidades de jurisdicción, transacción mercantil, lesiones a las personas, jurisdicción civil universal, inmunidad de ejecución.

Keywords: jurisdictional immunities, commercial transaction, personal injuries, universal civil jurisdiction, immunity from enforcement.

²⁷ REMIRO BROTONS, A., «Comentario General a la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., DIEZ HOCHLEITNER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2015, pp. 45-67, p. 51, en referencia, entre otras cuestiones, a la regulación de la aplicación provisional de los tratados prevista en su art. 15, que faculta al Gobierno para acordarla incluso en supuestos donde la conclusión del tratado requiere la preceptiva autorización parlamentaria; por lo que califica de «agujero negro» esta solución normativa: véase en especial la p. 55.