

**LA JURISDICCIÓN CIVIL UNIVERSAL ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL  
-Y SU RELACIÓN CON LA JURISDICCIÓN PENAL UNIVERSAL-: A  
PROPÓSITO DE *NAÏT-LIMAN V. SWITZERLAND* \***

Por

JAUME FERRER LLORET  
Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universidad de Alicante

[jaume.ferrer@ua.es](mailto:jaume.ferrer@ua.es)

*Revista General de Derecho Europeo* 47 (2019)

**RESUMEN:** En *Naït-Liman* el TEDH ha decidido que los Estados vinculados por el Convenio de Roma no están obligados a establecer la jurisdicción civil de sus tribunales ante demandas relativas a violaciones graves de los DH -en concreto, actos de tortura- cometidas en terceros Estados por parte de los órganos de estos últimos. A la luz de la práctica legislativa, judicial y convencional relativa a la jurisdicción civil universal y al foro de necesidad, la Gran Sala llega a la conclusión de que los tribunales suizos no están obligados a ejercer su jurisdicción civil ante tales demandas. Se trata de un resultado que es conforme con las obligaciones internacionales en vigor para Suiza, tanto consuetudinarias como convencionales. Si bien, como deja entrever la Gran Sala, se puede defender que la jurisdicción civil universal se vincule a la jurisdicción penal universal. Además, cabe propugnar que los desarrollos en este ámbito se adopten en el seno de las OI competentes, por la vía del correspondiente instrumento convencional, y no por cada Estado de forma unilateral a través de su legislación y jurisprudencia internas.

**PALABRAS CLAVE:** Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Derecho de acceso a los tribunales, violación grave de los derechos humanos, jurisdicción civil universal, foro de necesidad, jurisdicción penal universal.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA: ¿EXISTE UN FIN LEGÍTIMO? III. ¿EXISTE UNA RAZONABLE RELACIÓN DE PROPORCIONALIDAD ENTRE LOS MEDIOS EMPLEADOS Y EL FIN PERSEGUIDO?: LA RESPUESTA DEL DI GENERAL. 1. ¿Obliga el DI consuetudinario a establecer la jurisdicción civil universal? 2. ¿Obliga el DI consuetudinario a establecer el foro de necesidad? IV. LA RESPUESTA DEL DI CONVENCIONAL. 1. El debate sobre la aplicación de la Convención contra la Tortura de 1984 y la jurisdicción civil universal. 2. El DI convencional no obliga a establecer el foro de necesidad; pero el art. 6.1 del CEDH obliga a que su aplicación no sea arbitraria ni manifiestamente no razonable. V. VALORACIÓN DE ESTA JURISPRUDENCIA Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*. 1. Un resultado conforme con el CEDH, según es interpretado a la luz del DI en vigor. 2. Algunas propuestas de *lege ferenda*. VI. CONSIDERACIONES FINALES.

---

\* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación coordinado, concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, “La Unión Europea ante los Estados fracasados de su vecindario: retos y respuestas desde el Derecho Internacional (II)” (DER2015-63498-C2-2-P [MINECO/FEDER]), del que es investigador principal el autor del presente trabajo; y en las actividades de la Cátedra Jean Monnet “European Neighbourhood Policy: EU Values and Global Challenges” (599477-EPP-1-2018-ES-EPPJMO-CHAIR), de la que es titular quien suscribe este artículo. El autor agradece las observaciones que los dos evaluadores llevaron a cabo sobre este trabajo.

## **UNIVERSAL CIVIL JURISDICTION BEFORE INTERNATIONAL LAW - AND ITS RELATIONSHIP WITH THE UNIVERSAL CRIMINAL JURISDICTION-: ON CASE *NAÏT-LIMAN VS. SWITZERLAND***

**ABSTRACT:** In *Naït-Liman*, the ECHR found that States bound by the Rome Convention are not obliged to establish the civil jurisdiction of their courts in cases of serious violations of HR -in particular, acts of torture- committed in third States by its organs. According to the study carried out on the legislative, judicial and conventional practice relating to the universal civil jurisdiction and the forum of necessity, the Grand Chamber considered that the Swiss courts are not obliged to exercise their civil jurisdiction in such demands. This is a result which is in line with the international obligations in force for Switzerland, both customary and conventional. As the Grand Chamber suggests, it can be argued that universal civil jurisdiction is linked to universal criminal jurisdiction. In addition, it is appropriate to advocate that developments in this field be adopted within the competent International Organizations, through the corresponding conventional instrument, and not by each State unilaterally through its internal legislation and jurisprudence.

**KEY WORDS:** European Court of Human Rights, Right of access to the courts, serious violation of human rights, universal civil jurisdiction, forum of necessity, universal criminal jurisdiction.

Fecha de recepción: 29.10.2018.

Fecha de aceptación: 16.01.2019.

### **I. INTRODUCCIÓN**

Si se hacen cuentas, desde que se presentó la demanda en Estrasburgo, el 20 de noviembre de 2007, hasta que se dicta la Sentencia de la Gran Sala de 15 de marzo de 2018, *Naït-Liman v. Switzerland*<sup>1</sup>, el periplo judicial de este caso en el seno del sistema de protección internacional de los derechos humanos (DH) establecido por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (CEDH)<sup>2</sup>, se prolonga nada menos que durante casi diez años y medio<sup>3</sup>. Muy en resumen, en *Naït-Liman* el Tribunal Europeo de

---

<sup>1</sup> App. 51357/07 (ECLI:CE:ECHR:2018:0315JUD005135707).

<sup>2</sup> BOE de 10 de octubre de 1979.

<sup>3</sup> Por tanto, constituye un ejemplo muy claro de las dificultades por las que atraviesa este sistema de protección de los DH de ámbito regional europeo, en buena medida como consecuencia de la impresionante sobrecarga de trabajo a la que se enfrenta. Según los datos que se ofrecen en la página web del TEDH, a 30 de junio de 2018 se contabilizan un total de 54350 demandas pendientes de contestar: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>. Asimismo, conviene destacar que a 31 de diciembre de 2017 el número de las sentencias del TEDH pendientes de ejecutar alcanza la cifra de 7584: [https://www.coe.int/en/web/execution/statistics#{"34782408":2}](https://www.coe.int/en/web/execution/statistics#{). Todas las direcciones web que se citan a lo largo de este trabajo han sido consultadas por última vez el 30 de octubre de 2018.

Derechos Humanos (TEDH) debe valorar si Suiza ha vulnerado o no el art. 6.1 de la CEDH. Para ello, los hechos que debe tener en cuenta son los siguientes: el 8 de julio de 2004 un nacional de Túnez --que era residente habitual en el país helvético desde 1993, había obtenido de las autoridades suizas el reconocimiento de la condición de asilado desde el 8 de noviembre de 1995 y al que se le concedería posteriormente la nacionalidad suiza el 20 de noviembre de 2007--, presenta ante los tribunales suizos una demanda civil conjuntamente contra el Ministro de Interior tunecino y contra la República de Túnez. Con esta demanda exige una reparación (cifrada en 200.000 francos suizos, más el 5% de interés anual) por el daño moral causado por los actos de tortura sufridos en 1992 en Túnez por parte de fuerzas de seguridad del país norafricano dirigidas por el Ministro de Interior; en fechas en las que el demandante era nacional de Túnez y residía habitualmente en Italia, donde fue detenido por la policía italiana y entregado a las autoridades de Túnez<sup>4</sup>.

En *Nait-Liman v. Switzerland*, Sentencia de 21 de junio de 2016<sup>5</sup>, la Sala del Tribunal de Estrasburgo, por cuatro votos contra tres, concluye que la decisión de los tribunales suizos de no considerarse competentes con relación a la mencionada demanda -en última instancia mediante Decisión del Tribunal Federal Supremo de 22 de mayo de 2007--, por entender que no existe suficiente vínculo de conexión entre los hechos que sustentan la demanda y las autoridades administrativas o judiciales suizas, como exige el art. 3 de la “Ley Federal de Derecho Internacional Privado” (LDIP) de 18 de diciembre de 1987 en el que se regula el denominado foro de necesidad (*forum necessitatis*); tal decisión no vulnera el art. 6.1 del CEDH<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> “The applicant further submits that he was arbitrarily detained and tortured in Tunis in the premises of the Ministry of the Interior, from 24 April to 1 June 1992, on the orders of A.K., the then Minister of the Interior. He submits that he was subjected to the so-called “roast chicken” position throughout the entire period of detention and deprived of his basic physiological needs, particularly sleep; he was also beaten on the soles of his feet with a baseball bat and struck all over his body with telephone cords”: párr. 15 de la citada Sentencia de la Gran Sala.

<sup>5</sup> ECLI:CE:ECHR:2016:0621JUD005135707.

<sup>6</sup> El 8 de julio de 2004 *Nait-Liman* presenta una demanda civil contra Túnez y contra A.K., Ministro de Interior tunecino, ante el Tribunal de Primera Instancia del Cantón de Ginebra, que es desestimada por este órgano judicial al considerar que carece de jurisdicción territorial y que no es de aplicación el foro de necesidad porque no existe suficiente conexión entre los hechos cometidos en 1992 y las autoridades administrativas o judiciales suizas, como así se exige en el citado art 3 de la LDIP. El 16 de noviembre de 2005 el demandante presenta apelación ante el Tribunal de Justicia del Cantón de Ginebra, que es rechazada por este último al apreciar la existencia de inmunidad de jurisdicción en favor de los demandados, ya que los actos de tortura han sido cometidos en el ejercicio de autoridad soberana (*iure imperii*), citando a ese respecto la Sentencia de la Gran Sala de 21 de noviembre de 2001, *Al-Adsani v. The United Kingdom* (app. 35763/97) (ECLI:CE:ECHR:2001:1121JUD003576397). Presentada apelación ante el Tribunal Federal Supremo, es rechazada mediante Sentencia de 22 de mayo de 2007, en la que se mantiene que los tribunales suizos carecen de jurisdicción territorial (los demandados no están domiciliados ni tienen su residencia habitual en Suiza y ni los hechos ni sus consecuencias tienen lugar en Suiza); y no es de aplicación el foro de necesidad al no poder apreciarse la existencia de suficientes

Pero no acaba aquí la singladura de este caso. A solicitud del demandante, el 28 de noviembre de 2016 fue enviado a la Gran Sala de conformidad con el artículo 43 del CEDH, según la decisión adoptada por un panel de esta<sup>7</sup>. Con la citada Sentencia de la Gran Sala de 15 de marzo de 2018 esta última, mediante un fallo que se extiende durante 220 párrafos, llega a la misma conclusión que la alcanzada en la mencionada Sentencia de la Sala, por una mayoría mucho más holgada de quince votos contra dos; fallo al que se acompañan dos Opiniones Disidentes (Jueces Dedov y Serghides), a las que también se hará referencia a continuación.

Por consiguiente, *Nait-Liman* constituye la aportación más importante que hasta la fecha ha realizado el TEDH al debate sobre la jurisdicción civil universal -y también sobre la posible aplicación de la institución del foro de necesidad-- como vía judicial para que las víctimas de las violaciones graves de los DH, en este caso de torturas, cometidas en Estados extranjeros por sus órganos, puedan obtener una reparación por el daño sufrido ante los tribunales de otro Estado. En el marco, claro está, de las obligaciones jurídicas internacionales que asumen los Estados partes en el CEDH. Como es obvio al TEDH le corresponde interpretar y aplicar los preceptos de este tratado internacional, en particular su art. 6.1, en este caso a los efectos de valorar si los tribunales suizos están obligados a declararse competentes ante demandas civiles por violaciones de los DH cometidas en

---

vínculos de conexión entre los hechos que se cometen en 1992 y las autoridades administrativas o judiciales suizas; sin que las circunstancias personales posteriores del demandante (residencia habitual en Suiza, reconocimiento de la condición de refugiado por las autoridades del país transalpino, y posterior adquisición de la nacionalidad suiza) deban tenerse en cuenta. A este último respecto el Tribunal Federal Supremo concluye del siguiente modo: "In the present case, however, the claimant complains of acts of torture that were allegedly committed in Tunisia, by Tunisians resident in Tunisia, against a Tunisian residing in Italy. All of the specific features of the case come back to Tunisia, except for the fact of residence in Italy at the relevant time. The facts of the case thus have no connection with Switzerland, so that the question of whether or not the link with this country is sufficient does not arise. In those circumstances, it is not possible to recognise the jurisdiction of the Swiss courts, short of disregarding the clear text of s[ection] 3 of the LDIP [...]. *The fact that the claimant then chose to come to Switzerland cannot change anything, since it is a fact subsequent to the events of the case and, moreover, does not form part of it*": citado en el párr. 30 de la Sentencia de la Gran Sala de 15 de marzo de 2018 (cursiva añadida). Dada la falta de jurisdicción de los tribunales suizos, *el Tribunal Federal Supremo rechaza el recurso presentado, y considera que no es necesario entrar a examinar si los demandados tienen derecho a la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales suizos*. Sobre esta última cuestión se volverá en el epígrafe V.1 de este trabajo.

<sup>7</sup> En aplicación de este precepto, el colegio de cinco jueces de la Gran Sala decide que este asunto merece la doble instancia ante el TEDH, al considerar que "plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general". Las decisiones del panel de cinco jueces de la Gran Sala no se publican en la web del TEDH, y en el art. 73.2 del Reglamento del TEDH (versión de 1 de agosto de 2018: [https://www.echr.coe.int/Documents/Rules\\_Court\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf)) se prevé que la decisión de inadmisión de la solicitud no necesitará ser motivada; por lo que no es posible conocer los argumentos sobre los que se sustenta el panel para decidir que este asunto sea enjuiciado por la Gran Sala: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-181789"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

terceros Estados y por los órganos de estos últimos<sup>8</sup>. Como a continuación se comprobará, para dar respuesta a esta demanda y por ende interpretar y aplicar el citado art. 6.1, el Tribunal de Estrasburgo se encarga de determinar las normas del Derecho Internacional (DI) en vigor, tanto consuetudinarias, como convencionales, que puedan regular de forma más o menos directa la jurisdicción civil universal y el foro de necesidad.

En efecto, según el Tribunal de Estrasburgo las restricciones que a la efectiva aplicación del art. 6.1 pueden establecer los Estados partes son conformes con este precepto, si persiguen un fin legítimo y existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende alcanzar. Se trata de dos condiciones que se deben evaluar por separado y deben cumplirse cumulativamente para llegar a la conclusión de que el Estado no ha vulnerado el CEDH<sup>9</sup>. Haciendo uso de esta metodología, el TEDH valora si las limitaciones impuestas por las autoridades suizas persiguen un fin legítimo (II). Asimismo, el órgano judicial europeo se detiene a examinar si existe dicha razonable relación de proporcionalidad: con este objetivo, tiene cuenta tanto el DI consuetudinario que en este ámbito vincula a Suiza (III), como el DI convencional del que este Estado es parte (IV). Para llegar a la conclusión de que los tribunales suizos no infringen el art. 6.1 de la CEDH al decidir que carecen de jurisdicción. Por más que el TEDH trate de curar su mala conciencia con algunas consideraciones de carácter general en favor de las víctimas de tortura, incluso en el terreno de la *lege ferenda*, que serán objeto de atención en el penúltimo epígrafe de este trabajo, en el contexto del debate abierto durante los últimos años sobre el papel que puede desempeñar la jurisdicción civil universal -y el foro de necesidad-- como respuesta ante violaciones graves de los DH y su -¿necesaria?-- relación con la jurisdicción penal universal (V). A modo de cierre, en el último epígrafe se ofrecen unas breves consideraciones finales (VI).

---

<sup>8</sup> En su Opinión Separada el juez Wojtyczek explica su voto en contra de la aplicación del art. 6.1 al presente caso, frente a los 16 votos a favor del resto de jueces. Considera que los hechos que motivan la demanda no han tenido lugar dentro de la jurisdicción de Suiza; por tanto, *a sensu contrario* según prevé en el art. 1 de la CEDH, no es de aplicación el art. 6.1 de este tratado internacional. En este sentido concluye lo siguiente: “in my opinion, the majority has established a scope of application for Article 6 of the Convention which exceeds the scope of the convention as defined in Article 1. Such an approach may give rise to practical problems both in relations between the States Parties and in relations with third countries”: párr. 9 de la citada Opinión Separada.

<sup>9</sup> Párrs. 112-116 de la citada Sentencia de la Gran Sala.

## II. LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA: ¿EXISTE UN FIN LEGÍTIMO?

Como ya se ha señalado, en este caso el TEDH debe decidir si Suiza ha vulnerado o no con relación al demandante el Derecho a un proceso equitativo -más en concreto, el Derecho de acceso a los tribunales-- recogido en el art. 6.1 del CEDH<sup>10</sup>. El Derecho de acceso a los tribunales no tiene carácter absoluto (como sí lo es, por ejemplo, la prohibición de tortura prevista en el art. 3 del CEDH), por lo que Estados pueden establecer limitaciones o restricciones, haciendo uso del margen de apreciación que a este respecto les corresponde, pero siempre dentro del respeto de las disposiciones del CEDH<sup>11</sup>. En este sentido, debe valorarse si la restricción al derecho reconocido en el art. 6.1 que aplican las autoridades helvéticas al demandante persigue un fin legítimo, y además existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende alcanzar<sup>12</sup>.

En opinión del Tribunal de Estrasburgo, existen varios fines legítimos que justifican la restricción al Derecho de acceso a los tribunales establecida por las autoridades suizas,

---

<sup>10</sup> Enunciado en este art. del siguiente modo: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”. Por tanto, este art. recoge el Derecho de acceso a los tribunales, que fue definido por el TEDH del siguiente modo en *Golder v. United Kingdom*, Sentencia de 21 de febrero de 1975 (app. 4451/70) (ECLI:CE:ECHR:1975:0221JUD000445170), párr. 36: “... that Article 6 para. 1 (art. 6-1) secures to everyone the right to have any claim relating to his civil rights and obligations brought before a court or tribunal. In this way the Article embodies the "right to a court", of which the right of access, that is the right to institute proceedings before courts in civil matters, constitutes one aspect only. To this are added the guarantees laid down by Article 6 para. 1 (art. 6-1) as regards both the organization and composition of the court, and the conduct of the proceedings. In sum, the whole makes up the right to a fair hearing...”.

<sup>11</sup> Por ejemplo, el TEDH ha valorado la compatibilidad con el art. 6.1 del cumplimiento de las obligaciones internacionales que impone la Carta de las NU, en *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* (app. 5809/08) (ECLI:CE:ECHR:2016:0621JUD000580908), Sentencia de la Gran Sala de 21 de junio de 2016. Con esta Sentencia declara que Suiza ha vulnerado el art. 6.1 de la CEDH, al no permitir que una empresa y un particular incluidos en la lista de destinatarios de sanciones económicas decididas por el Consejo de Seguridad, puedan acceder a los tribunales suizos para que estos revisen judicialmente la aplicación de tales sanciones. Según el TEDH, a los tribunales internos les corresponde el control jurisdiccional de que la aplicación de las sanciones decididas por el Consejo de Seguridad, en el marco del Capítulo VII de la Carta, se lleva a cabo dentro del respeto del CEDH, en concreto por lo que se refiere a si su inclusión en tales listas puede considerarse o no como arbitraria. Desde luego, esta problemática merece un análisis más detenido que no puede ser abordado dentro de las limitaciones de espacio de este artículo: véase TZEVELEKOS, V., “The Al-Dulimi Case before the Grand Chamber of the European Court of Human Rights: Business as usual? Test of Equivalent Protection, (Constitutional) Hierarchy and Systemic Integration”, *Questions of International Law*, vol. 38, 2017, pp. 5-34.

<sup>12</sup> Párr. 115 de la citada Sentencia de la Gran Sala.

todos ellos relativos a los principios sobre la correcta administración de justicia y la efectividad de las decisiones judiciales<sup>13</sup>. Se trata de los siguientes<sup>14</sup>:

En primer lugar, la actuación de los tribunales suizos con relación a hechos ocurridos en Túnez en 1992 plantearía considerables problemas por lo que se refiere a la obtención y valoración de las pruebas que permitan sustentar el procedimiento judicial<sup>15</sup>. En su Opinión Disidente, Serghides niega que las dificultades de la práctica de la prueba constituyan un fin legítimo a los efectos de limitar la aplicación del art. 6.1; a su parecer, la carga de la prueba corresponde al demandante y en todo caso los tribunales suizos podrían rechazar la demanda si consideran que los hechos no están suficientemente probados<sup>16</sup>.

Asimismo, según el TEDH la ejecución de una Sentencia de los tribunales suizos en respuesta a la demanda presentada por *Naiit-Liman* daría lugar a dificultades prácticas; más en concreto, cabe plantearse si una Sentencia dictada con estas circunstancias podría efectivamente ejecutarse<sup>17</sup>. En su Opinión Disidente el Juez Dedov critica la argumentación de la Gran Sala sobre este punto: señala que Túnez dispone de propiedades y fondos en Suiza, y de hecho fueron usados para costear el tratamiento médico de A.K., su Ministro de Interior. También considera que aunque no se pudiera ejecutar el fallo, “a finding of a violation could in itself serve as just satisfaction”.

Además, para la Gran Sala es legítimo que un Estado como Suiza quiera evitar el *forum shopping*, en particular en el contexto de los limitados recursos de que disponen sus tribunales internos<sup>18</sup>. Argumento objeto de crítica en la Opinión Disidente de Serghides, ya que a su entender si se tiene en cuenta que el demandante es residente habitual en Suiza durante más de una década y se le ha concedido el estatuto de

---

<sup>13</sup> Párr. 122.

<sup>14</sup> La Sala del TEDH también aplica este mismo esquema argumental en su citada Sentencia de 21 de junio de 2016, aunque con un desarrollo mucho más breve. Por lo que respecta a la primera cuestión, la existencia de un fin legítimo, la Sala mantiene lo siguiente: “With regard to the aim pursued by the restriction on the right of access to a court, the Court considers that the refusal to entertain the applicant’s civil action was aimed at ensuring the proper administration of justice and the effectiveness of domestic judicial decisions. It shares the Government’s view that universal jurisdiction, in a civil context, would risk creating considerable practical difficulties for the courts, particularly regarding the administration of evidence and the enforcement of such judicial decisions. Nor does the Court rule out that the acceptance of universal jurisdiction could give rise to undesirable interference by one country in the domestic affairs of another. Thus, the Court concludes that the refusal by the Swiss courts to examine the merits of the applicant’s action pursued legitimate aims within the meaning of the above-cited case-law”: párr. 107.

<sup>15</sup> Párr. 123.

<sup>16</sup> Párr. 93 de la citada Opinión Disidente.

<sup>17</sup> Párr. 124.

<sup>18</sup> Párr. 125.

refugiado, con la exigencia de condiciones de este tipo se puede evitar cualquier riesgo de *forum shopping*<sup>19</sup>.

Añade la Gran Sala que considera justificados los temores manifestados por el Gobierno Suizo en el sentido de que aceptar la competencia de sus tribunales respecto de demandas que en el momento de cometerse los hechos presentaban una conexión con Suiza “relatively tenuous”, podría atraer demandas similares y provocar una excesiva sobrecarga de trabajo para sus tribunales. Por tanto, para el TEDH una razonable restricción a la hora de admitir demandas con este alcance, está también dirigida a asegurar el efectivo funcionamiento del sistema judicial suizo<sup>20</sup>. Argumento criticado por el Juez Dedov, ya que considera que el demandante mantenía evidentes vínculos con Suiza y que la proporción de inmigrantes residentes en el Estado helvético que han sido objeto de torturas en sus países de origen es muy baja.

Por último, y como una “subsidiary consideration”, la Gran Sala también acepta que un Estado como Suiza no puede ignorar las potenciales dificultades diplomáticas que le podría acarrear la competencia de sus tribunales internos ante demandas civiles con las condiciones propuestas por *Nait-Liman*<sup>21</sup>. Argumento objeto de crítica por el Juez Dedov; a su parecer, “this is a non-judicial argument”. Para Serghides, “... this consideration, apart from being hypothetical, is not a legal one”<sup>22</sup>.

Por todas estas consideraciones, y no obstante el debate que sobre las mismas se plantea en las citadas Opiniones Disidentes, la Gran Sala concluye que la restricción al Derecho de acceso a los tribunales que las autoridades suizas han aplicado al demandante está dirigida al cumplimiento de los fines legítimos expuestos<sup>23</sup>. Por tanto, según el TEDH se cumple la primera condición para que las restricciones al Derecho de acceso a los tribunales establecidas por las autoridades suizas en este caso sean conformes con el art. 6.1 del CEDH.

No se puede negar que, como defiende la Gran Sala, existen argumentos de peso que permiten dudar de la viabilidad de ejercer la jurisdicción civil universal -y/o el foro de necesidad— como respuesta judicial efectiva ante violaciones de los DH que se cometan en terceros Estados<sup>24</sup>. Si bien, como se advierte en las citadas Opiniones Disidentes, se

---

<sup>19</sup> Párr. 95 de la citada Opinión Disidente.

<sup>20</sup> Párr. 126.

<sup>21</sup> Párr. 127.

<sup>22</sup> Párr. 98 de su citada Opinión Disidente.

<sup>23</sup> Párr. 128.

<sup>24</sup> Como resume en su Blog CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., para quien, en definitiva, “atribuir competencia a los tribunales de un Estado para dictar *sentencias caras e inejecutables (=sentencias claudicantes)* no sintoniza de modo correcto con la buena administración de la Justicia”. Por ello propugna una interpretación “equilibrada” del art. 22 octies, párrafo tercero, inciso



trata de una motivación que realiza el TEDH sin disponer de una base legal que le permita fundamentarla sólidamente; incluso se podría decir que se trata criterios de oportunidad que el Tribunal de Estrasburgo valora a su leal y saber entender. Pero sobre esta cuestión se volverá en el epígrafe V de este trabajo. Antes se hace necesario el análisis de la valoración que lleva a cabo la Gran Sala sobre la existencia de la ya mencionada segunda condición que exige para decidir si se respeta el art. 6.1 del CEDH: a saber, que se dé una razonable relación de proporcionalidad entre los fines perseguidos y los medios empleados. En este ámbito en su razonamiento el TEDH sí se apoya con toda claridad en lo dispuesto -o más bien, en lo no dispuesto-- por el DI en vigor para Suiza, tanto consuetudinario como convencional.

### **III. ¿EXISTE UNA RAZONABLE RELACIÓN DE PROPORCIONALIDAD ENTRE LOS MEDIOS EMPLEADOS Y EL FIN PERSEGUIDO?: LA RESPUESTA DEL DI GENERAL**

Por lo que se refiere al cumplimiento del principio de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines perseguidos, según mantiene en su jurisprudencia el Tribunal de Estrasburgo, los Estados partes disponen de cierto margen de apreciación a la hora de regular el Derecho de acceso a sus tribunales. Si bien el alcance de este margen de apreciación depende fundamentalmente del “relevant international law in this area”<sup>25</sup>. Para el TEDH las restricciones que establecen los Estados partes a la hora de impedir que un particular pueda presentar una demanda ante sus tribunales internos, son conformes con lo dispuesto en el citado art. 6.1, si las mismas son consecuencia de la aplicación de las normas del DI en vigor. En otros términos, para el TEDH el Estado parte respeta el CEDH si tales restricciones, que de otro modo podrían suponer la vulneración del art. 6.1, se llevan a cabo en cumplimiento del DI en vigor. El Tribunal de Estrasburgo proyecta así con toda claridad en su jurisprudencia lo dispuesto en el art. 31.3.c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969<sup>26</sup> (CVDT), según el cual a la hora de interpretar un tratado, en este caso la CEDH, se debe tener en cuenta “toda norma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Lo que le permite una interpretación dinámica y evolutiva de las disposiciones de la CEDH que tenga en cuenta de forma coherente e integradora la

---

segundo de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (*BOE* de 2 de julio de 1985) (LOPJ), en el que se prevé lo siguiente: “Los Tribunales españoles no podrán abstenerse o declinar su competencia cuando el supuesto litigioso presente vinculación con España y los Tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia”. Para este autor, esta disposición se debe interpretar en el sentido de que este precepto no regula la jurisdicción civil universal de los tribunales españoles cuando el caso no presente una “vinculación significativa” con España: <http://accursio.com/blog/?p=830>.

<sup>25</sup> Párr. 173.

<sup>26</sup> *BOE* de 13 de junio de 1980.

propia evolución de las normas del DI<sup>27</sup>. Para el Tribunal de Estrasburgo el CEDH no puede ser interpretado “in a vacuum”; por el contrario, debe ser interpretado en armonía con otras obligaciones internacionales que también vinculan a los Estados partes<sup>28</sup>, como se volverá a insistir *infra* en el epígrafe V.1 de este trabajo.

Además, resulta destacable que en la Sentencia de la Gran Sala se haga referencia a la posibilidad de que sin perjuicio de lo que disponga el DI, también sea necesario examinar si existe un “European consensus or at least a certain trend among the member States”<sup>29</sup>. Pero esta alusión a la posible existencia o no de un “consenso europeo” no se va a volver a repetir a lo largo de esta Sentencia. Por tanto, como a continuación se comprobará, la Gran Sala, teniendo en cuenta lo dispuesto en el DI en vigor, en cuya formación también participan los Estados partes en el CEDH, al menos expresamente no se va a detener a determinar si existe o no un “consenso europeo”, basado fundamentalmente en la práctica legislativa y judicial de los propios Estados europeos, que permita ampliar el contenido de la protección de los DH en favor del demandante, a través de una interpretación evolutiva de las disposiciones del CEDH<sup>30</sup>. Si bien, como se comprobará a continuación, por lo menos de forma implícita el TEDH, tras el estudio de la práctica internacional, niega que se haya formado un consenso europeo sobre este tema.

En efecto, la Gran Sala de entrada evalúa las restricciones establecidas por Suiza al Derecho de acceso a los tribunales únicamente teniendo en cuenta el DI en vigor que vincula a los Estados partes en el CEDH<sup>31</sup>. Con ese fin distingue, dentro del ámbito de la

---

<sup>27</sup> Véase CHRISTOFFERSEN, J., “Impact on General Principles of Treaty Interpretation”, en KAMMINGA, M.T. y SCHEININ, M. (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford, 2009, pp. 37-61, pp. 47-50.

<sup>28</sup> Párr. 174.

<sup>29</sup> Párr. 175. Cita, entre otras Sentencias, *Bayatyan c. Armenia*, Sentencia de la Gran Sala de 7 de julio de 2011 (app. 23459/03) (ECLI:CE:ECHR:2011:0707JUD002345903), en la que se concluye que Armenia ha vulnerado el art. 9 de la CEDH al condenar sus tribunales a dos años y medio de prisión a un nacional armenio, testigo de Jehová, que se había negado a cumplir el servicio militar obligatorio tras alegar su objeción de conciencia. La Gran Sala considera que durante las últimas décadas se ha formado un consenso entre los Estados partes en el CEDH, según el cual cualquier ciudadano tiene derecho a la objeción de conciencia respecto del servicio militar obligatorio, y por tanto la sanción penal aplicada al demandante es contraria al Convenio de Roma. Según la Gran Sala “In order to determine the scope of the margin of appreciation in the present case, the Court must take into account what is at stake, namely the need to maintain true religious pluralism, which is vital to the survival of a democratic society (see *Manoussakis and Others*, cited above, § 44, and *Metropolitan Church of Bessarabia and Others*, cited above, § 119). The Court may also have regard to any consensus and common values emerging from the practices of the States Parties to the Convention...”: párr. 122.

<sup>30</sup> PASCUAL VIVES, F., “Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos”, *REDI*, vol. LXVI, 2014, pp. 113-153, pp. 139 y ss.

<sup>31</sup> Al igual que había hecho con anterioridad la Sala en su Sentencia de junio de 2016, si bien con un análisis muy breve sobre el DI en vigor determinado a la luz de la práctica legislativa, judicial y

competencia judicial internacional, los conceptos de “jurisdicción civil universal” y de “foro de necesidad”. En el primer caso, “in the concept’s absolute form”, la jurisdicción de los tribunales internos no depende de ningún factor o vínculo de conexión, ya sea *rationae personae*, ya sea *ratione loci*<sup>32</sup>. Mientras que con el foro de necesidad se hace referencia a la jurisdicción excepcional o residual que pueden asumir los tribunales internos en el orden civil, en aquellos supuestos en los que normalmente no tendrían jurisdicción para conocer de la demanda de conformidad con las reglas generales o especiales que establecen la jurisdicción de los tribunales del Estado, pero no es posible o muy difícil la jurisdicción de los tribunales de otros Estados, ya sea *de facto* o *de iure*<sup>33</sup>.

La propia Gran Sala admite que “although the applicant submitted before the Grand Chamber that he was not relying on universal jurisdiction, the Gran Chamber considers that, in substance, his arguments come very close to such an approach”<sup>34</sup>. Conviene destacar, como se reiterará más adelante, que *la demanda presentada en Estrasburgo se basa en que los tribunales suizos han restringido su jurisdicción de forma arbitraria o al menos manifiestamente no razonable, al considerar que los actos de tortura cometidos contra el demandante no presentan suficiente conexión con Suiza, como así exige el citado art. 3 de la citada LDIP, en el que se prevé la jurisdicción de los tribunales suizos en virtud del foro de necesidad si se dan las tres condiciones que de forma cumulativa son necesarias para la aplicación de ese precepto*<sup>35</sup>. Más en concreto, *el demandante*

---

convencional de los Estados europeos y también de terceros Estados, en particular de Estados Unidos y Canadá. La Sala considera que a la vista de la práctica de los Estados relativa a la jurisdicción civil universal, los tribunales suizos no han adoptado una decisión arbitraria al declararse incompetentes, dada la inexistencia de ningún vínculo de conexión con Suiza (nacionalidad, domicilio o residencia habitual, en el momento de cometerse los hechos), de conformidad con lo dispuesto en la normativa interna suiza, cuya aplicación, según el TEDH “... is in no way exceptional and falls within a very broad consensus among the member States of the Council of Europe which have introduced this form of jurisdiction into their own legal systems”: párr. 114. Añade que no obstante la interpretación extraterritorial del art. 14 de la Convención contra la Tortura de 1984 que propugna el Comité contra la Tortura, esta interpretación no es compartida por ninguno de los 26 Estados del Consejo de Europa cuya práctica ha estudiado el TEDH, y ninguno de ellos prevé la jurisdicción civil universal para casos de tortura, y la práctica de Estados Unidos y Canadá por sí sola no puede dar lugar a la existencia de una norma consuetudinaria en tal sentido que vincule a todos los Estados europeos. En este sentido concluye, “that Switzerland was not bound by any convention obligation to accept the applicant’s civil action. Nor were the authorities of that State under such an obligation under customary law, given the clear lack of a common practice of States, expressing an *opinio juris* to that effect (Article 38 § 1 (b) of the ICJ Statute) in favour of the existence of universal civil jurisdiction”: párr. 120.

<sup>32</sup> Párr. 179. Es decir, fundamentalmente la nacionalidad de la víctima o del autor, o la residencia habitual de uno de los dos o de ambos en el Estado del foro, en el primer caso; y la comisión de los actos de tortura en el territorio del Estado del foro, en el segundo.

<sup>33</sup> Párr. 180.

<sup>34</sup> Párr. 176.

<sup>35</sup> A saber: a) que los tribunales suizos no tengan jurisdicción en virtud de otro título competencial; b) que los procedimientos ante los tribunales de otros Estados se han demostrado que son imposibles o al menos no se puede razonablemente exigir que sean planteados; y c) que

considera arbitrario o al menos manifiestamente no razonable y por tanto contrario al art. 6.1 de la CEDH, que los tribunales suizos interpreten que la condición relativa a la existencia de suficiente conexión con Suiza se valore exclusivamente con relación a los hechos relativos a la tortura que sufre Naït-Liman en 1992, y no tengan en consideración que el demandante es residente habitual en Suiza desde 1993, refugiado en este Estado desde 1995 y nacional suizo desde 2007<sup>36</sup>. De hecho, en la vista oral celebrada ante la Gran Sala el demandante insistió en que no basaba su demanda en la jurisdicción civil universal; sino en la arbitraria aplicación que de la institución del foro de necesidad habían llevado a cabo los tribunales suizos, en su opinión en clara contravención del art. 6.1 del CEDH<sup>37</sup>.

Pero la Gran Sala, en vez de limitarse a resolver esta última cuestión, también considera conveniente determinar si Suiza está jurídicamente obligada a establecer la jurisdicción civil de sus tribunales ante una demanda con la que se exige una reparación por los daños causados por actos de tortura cometidos en el territorio de un Estado extranjero y por los órganos de este último, ya sea en virtud de la jurisdicción civil universal, ya sea porque son competentes como foro de necesidad. Como se acaba de citar, la justificación que de forma muy escueta ofrece la Gran Sala para abordar el análisis de ambos posibles títulos competenciales de jurisdicción civil, está referida sencillamente a que los argumentos para defender la aplicación del foro de necesidad son muy próximos o cercanos a los que se pueden utilizar para abogar por la jurisdicción civil universal<sup>38</sup>. Se trata de una justificación muy parca en las razones que se esgrimen, como se critica con razón en la Opinión Disidente del Juez Serghides<sup>39</sup>; cuestión esta que volverá a ser tratada en el epígrafe V.1 del presente trabajo.

---

los procedimientos se interpongan ante “the Swiss judicial or administrative authorities of the locality with which the case has a *sufficient connection*”: párr. 37 (cursiva añadida).

<sup>36</sup> Párrs. 138-141.

<sup>37</sup> Vista oral que se celebró ante la Gran Sala el 14 de junio de 2017, como se puede consultar en [https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=5135707\\_14062017&language=lang](https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=5135707_14062017&language=lang).

<sup>38</sup> Párr. 181.

<sup>39</sup> En su Opinión Disidente el Juez Serghides sostiene que “I find it unnecessary to deal with the concept of universal civil jurisdiction, not only for the reasons explained above with regard to the Federal Supreme Court’s manifestly unreasonable, arbitrary and restrictive interpretation of section 3 of the LDIP, but also because the applicant had expressly declared that he was not basing his application on the concept of universal civil jurisdiction and, in consequence, his case should not have been examined, in accordance with the principle of *non ultra petita* (beyond the request). The concept of universal civil jurisdiction for acts of torture is a very serious and important issue and should not have been examined by the Court in a case, such as the present one, where the applicant specifically does not invoke it, merely for the Court to conclude that, at present, there is no such jurisdiction, even if it ultimately expresses encouragement and its wish that such jurisdiction will exist in future”: párr. 105 de su Opinión Disidente.

En este sentido, a los efectos de determinar las obligaciones internacionales que recaen sobre Suiza en este ámbito, la Gran Sala acude al art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, para afirmar que en este precepto se recogen las fuentes formales del DI, las normas consuetudinarias y los tratados internacionales<sup>40</sup>. Ambas son objeto de análisis por el TEDH.

### 1. ¿Obliga el DI consuetudinario a establecer la jurisdicción civil universal?

Por lo que se refiere al DI consuetudinario, del estudio que lleva a cabo la Gran Sala sobre la práctica legislativa y judicial concerniente a 40 Estados europeos, se debe concluir que únicamente Holanda reconoce la jurisdicción civil universal respecto de actos de tortura<sup>41</sup>. Pero incluso en el supuesto de este Estado, en los pocos casos que hasta la fecha se han planteado ante sus tribunales internos, estos suelen exigir un “sólido” vínculo de conexión para considerarse competentes<sup>42</sup>.

Fuera de Europa, solamente dos Estados, Estados Unidos y Canadá, han protagonizado práctica legislativa y judicial relativa a la jurisdicción civil universal por actos de tortura. Sobre todo los tribunales del primer Estado se han pronunciado sobre un buen número de demandas en este ámbito durante los últimos 40 años. Por lo que se refiere a Canadá, la práctica es mucho más esporádica y está restringida a aquellos

---

<sup>40</sup> Párr. 182. Cabe señalar que en la Opinión Disidente a la Sentencia de la Sala de los Jueces Karakas, Vucinic y Kūris, también se hace referencia a los principios generales del derecho previstos en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: “The Convention, as a “living instrument”, should be interpreted in the light of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”, particularly the “general principles of law recognised by civilised nations” (Article 38 § 1 (c) of the Statute of the International Court of Justice). The principle whereby a civil claim must be capable of being submitted to a judge ranks as one of the universally ‘recognised’ fundamental principles of law; the same is true of the principle of international law which forbids the denial of justice” (see *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, § 35, Series A no. 18)”: párr. 17.

<sup>41</sup> Por ejemplo, en el ordenamiento interno español no se prevé la jurisdicción civil universal de nuestros tribunales como vía judicial de reparación de las vulneraciones de los DH que se cometan en terceros Estados: véase BORRÁS, A., “Inmunidad de los Estados y competencia universal en materia civil”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, Madrid, 2016, 59-77, pp. 64-66 y 76-77; desde la perspectiva de la problemática que presenta la responsabilidad de las empresas transnacionales por la vulneración de los DH, véase: REQUEJO IZQUIERDO, M., “Litigación civil internacional por abusos contra derechos humanos. El problema de la competencia judicial internacional”, *Anuario de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 259-300, pp. 272 y ss.

<sup>42</sup> Párr. 183. Cita a este respecto los casos *El-Hojouj v. Amer Derbas and Others*, Sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya de 21 de marzo de 2012, y *Akpan*, Sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya de 30 de enero de 2013. En el primero, el tribunal holandés dicta sentencia estableciendo la indemnización -un millón de euros- que corresponde por los daños sufridos por un doctor palestino que fue torturado por oficiales libios en Libia. En el segundo, la entidad contra la que se entabló el procedimiento civil era una sucursal de una compañía establecida bajo la legislación holandesa, la compañía *Shell*, que estaba operando en Nigeria, a la que se le atribuyen violaciones de los DH del pueblo Ogoni. Según la Gran Sala, “it is not therefore possible to speak of universal jurisdiction in an absolute sense in respect of that case”. Y párrs. 68-72 para un repaso de la práctica de los Estados europeos.

supuestos en los que se demuestra que los actos de tortura se cometieron en el contexto de actos terroristas. Pero en ambos casos con consecuencias prácticas bastante limitadas, al menos por lo que se refiere a la efectiva obtención de una reparación por parte de las víctimas de los actos de tortura, como se volverá a destacar en el epígrafe V.2<sup>43</sup>.

Además, como se volverá a insistir en el epígrafe V.2, la Gran Sala reconoce que algunos Estados europeos admiten la jurisdicción penal universal, que a su vez puede conllevar la responsabilidad civil de los autores de los crímenes que son perseguidos en el contexto de las garantías que ofrece el procedimiento penal seguido contra ellos. “It is therefore natural and legitimate for the States to accept more easily such a procedure, namely joining the proceedings as a civil party, *without however recognising universal jurisdiction in the context of autonomous civil proceedings*”<sup>44</sup>. Pero la demanda presentada en este caso ante al TEDH no está basada en la falta de jurisdicción de los tribunales suizos respecto de la responsabilidad civil asociada a un procedimiento penal iniciado en virtud de la jurisdicción penal universal. Conviene advertir a este respecto, que *Nait-Liman* presentó una demanda civil en 2004, tras haber presentado una demanda penal en 2001, que fue archivada al no encontrarse el presunto autor de los hechos en territorio suizo; esta última decisión no fue recurrida por el demandante, sin que agotara los recursos internos ante las instancias judiciales suizas superiores<sup>45</sup>. Por

---

<sup>43</sup> Párrs. 184 y 73-78, con referencia a la *Justice for Victims of Terrorism Act* de 2012 de Canadá, y a la *Alien Tort Statute* de 1789 y a la *Torture Victim Protection Act* de 1991, ambas promulgadas en Estados Unidos. Con especial atención a los casos *Bouzari v. Islami Republic of Iran*, y *Kazemi (Succession) v. the Islamic Republic of Iran*, en los que el Tribunal Supremo de Canadá rechaza la jurisdicción civil universal: véase LAROCQUE, F., y BOSSÉ, C., “Kazemi ou l’inhumaine immunité de l’État tortionnaire en droit canadien”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 23, 2015, pp. 278-327, pp. 314-322; y al caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, en el que la Corte Suprema de Estados Unidos en su Sentencia de 17 de abril de 2013 reconoce una presunción en contra de la extraterritorialidad de las demandas que se presenten en virtud de la *Alien Tort Statute* de 1789; presunción que puede ser rechazada si la demanda “touch and concern the territory of the United States... with sufficient force”: *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108 (2013). En la doctrina española, sobre la práctica legislativa y judicial de Estados Unidos, véase REQUEJO ISIDRO, M., *Violaciones graves de derechos humanos y responsabilidad civil (Transnational Human Rights Claims)*, Pamplona, 2009, pp. 49 y ss.; y de la misma autora, “Responsabilidad civil y derechos humanos en EEUU: ¿El fin del ATS?”, *INDRET*, vol. 3, 2011, pp. 1-38; más recientemente, ZAMORA CABOT, F.J. y MARULLO, M.C., “El Alien Tort Statute y las consecuencias del Caso Kiobel en los litigios transnacionales sobre empresas y derechos humanos”, en ZAMORA CABOT, F.J., y MARULLO, M.C. (coords.), *Empresas y Derechos Humanos: temas actuales*, Milán, 2018, pp. 225-248.

<sup>44</sup> Párr. 185 (cursiva añadida). Cita de forma muy breve la práctica legislativa y judicial de Bélgica, España, Francia e Irlanda (párrs. 80-83).

<sup>45</sup> Según se explica de forma muy escueta en la citada Sentencia de la Sala -párr. 13--, en la demanda presentada en Estrasburgo en 2007 también se alega, en el contexto de los argumentos relativos al incumplimiento del art. 6.1 del CEDH, que el 14 de febrero de 2001 el demandante presentó una querrela criminal contra A.K., antiguo Ministro del Interior de Túnez, quien en ese momento se encontraba en un hospital suizo; pero el 19 de febrero el Procurador General del Cantón de Ginebra decidió archivar la querrela, dado que A.K. ya había abandonado Suiza. En la

tanto, se trata de dos acciones judiciales, la penal presentada en 2001 y la civil iniciada en 2004, claramente separadas y cada una con su propia autonomía<sup>46</sup>. De hecho, en la vista oral celebrada ante la Gran Sala el demandante no hizo ninguna referencia a la querrela criminal de 2001<sup>47</sup>.

Por todo ello, después del repaso de la práctica legislativa y judicial, en evidente aplicación de una metodología empírico-inductiva dirigida a determinar la existencia de un *consensus generalis* sobre la vigencia o no de una norma de DI que obligue a la jurisdicción civil universal, la Gran Sala constata que los Estados que aplican en sus ordenamientos internos la jurisdicción civil universal “are currently the exception”. Por tanto, aunque el TEDH considera que la práctica se encuentra en evolución --pero sin concretar debidamente en qué consiste tal evolución<sup>48</sup>--, llega a la conclusión de que “...,”

---

Sentencia de la Sala no se ofrece ninguna consideración a este respecto. Pero en la Opinión Disidente de los Jueces Karakas, Vucinic y Küris, se defiende que se ha producido “denegación de justicia” y por ende la vulneración del art. 6.1 del CEDH por las autoridades de Suiza. Por una parte, como a continuación se insistirá, consideran que sí existen suficientes vínculos de conexión que justifican la competencia de los tribunales suizos en el ámbito civil. Por otra, insisten en que el Ministro de Interior tunecino se encontraba en un hospital en Suiza cuando se presenta la querrela el 14 de febrero de 2001, hasta cinco días después cuando abandona el país, y el Gobierno suizo no ofrece ninguna información sobre los motivos y la fecha de la salida del país, por lo que el TEDH debería haber prestado una especial atención respecto de esos cinco días de inacción por parte de las autoridades del país helvético, teniendo en cuenta que el presunto autor de los actos de tortura se encontraba hospitalizado en Suiza en la fecha en la que se presenta la querrela criminal [sic]: párrs. 12 y 14 de la citada Opinión Disidente. En este sentido sostienen que desde el momento en el que presunto autor se encontraba en territorio suizo las normas internacionales que vinculan a Suiza obligan a sus autoridades a establecer la competencia penal de sus tribunales, sin que pueda ser alegada la “inmunidad funcional”. Sin embargo, en la citada Sentencia de la Gran Sala -párrs. 19-21— se aclara y detalla que el mismo día que se presentó la querrela criminal contra A.K., el Procurador General de Ginebra transmitió por correo electrónico una solicitud a la policía suiza para que localizara, identificara y en su caso arrestara al presunto responsable de los actos de tortura; pero A.K. abandonó el hospital suizo y salió del país el 11 de febrero de 2001, por lo que el 19 de febrero, ante la imposibilidad de detenerlo tras haber abandonado Suiza, se archivó la querrela, decisión que no fue recurrida por el demandante. Por tanto, para la Gran Sala “The court concludes that the Swiss prosecuting authorities cannot be accused of negligence in dealing with the applicant’s criminal complaint. *If follows that this aspect will not be taken into consideration by the Grand Chamber in assessing compliance with Article 6 of the Convention*”: párr. 100 (cursiva añadida). El hecho de que en la Sentencia de la Sala no se precise que A.K. abandonó el territorio suizo antes de que se presentara la querrela criminal, y que los tres jueces que defienden su Opinión Disidente insistan sobre esta cuestión, puede que se explique por la enorme sobrecarga de trabajo a la que se ve sometido el TEDH. En todo caso, como advierten tanto la Sala como la Gran Sala, el demandante no agotó los recursos internos respecto de la decisión del Procurador General de archivar la querrela en febrero de 2001.

<sup>46</sup> Párrs. 185-186.

<sup>47</sup> Vista oral que se celebró ante la Gran Sala el 14 de junio de 2017, como se puede consultar en [https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=5135707\\_14062017&language=lang](https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=5135707_14062017&language=lang).

<sup>48</sup> El razonamiento del TEDH resulta un tanto contradictorio, ya que el resumen de la práctica judicial y legislativa que presenta el propio órgano judicial desde luego no confirma una evolución en el sentido de que en los últimos años haya más Estados que reconozcan y apliquen en sus ordenamientos internos la jurisdicción civil universal como respuesta ante violaciones graves de los DH. De hecho, durante los últimos años los intentos de aplicación extraterritorial de la normativa estadounidense planteados ante los tribunales de Estados Unidos (*Kiobel...*) han sido objeto de

the prevalence of universal civil jurisdiction is not yet sufficient to indicate the emergence, far less the consolidation, of an international custom which would have obliged the Swiss courts to find that they had jurisdiction to examine the applicant's action"<sup>49</sup>. Conclusión que se debe compartir, siempre a la vista de la práctica internacional someramente estudiada por el Tribunal de Estrasburgo.

## 2. ¿Obliga el DI consuetudinario a establecer el foro de necesidad?

El mismo enfoque metodológico aplica la Gran Sala para discernir si de conformidad con el DI consuetudinario Suiza está obligada a prever la jurisdicción de sus tribunales en virtud del foro de necesidad, con relación a una demanda civil por actos de tortura cometidos en el territorio de otro Estado por órganos de ese mismo Estado. Aunque se puede poner en duda la metodología de la que hace uso el Tribunal de Estrasburgo, ya que en última instancia resulta muy difícil que del estudio de las normas del DI privado que aplican los Estados miembros del Consejo de Europa y en general el resto de Estados de todo el mundo, se pueda deducir la existencia de normas de DI público en la materia. En efecto, el foro de necesidad es un concepto propio de DI privado, que no tiene porqué ser objeto de las normas del DI público que acuerdan los Estados en sus relaciones jurídicas internacionales<sup>50</sup>. Otra cosa es que lo que pretenda la Gran Sala es determinar si, aunque no existan normas de DI en vigor, del estudio de la práctica judicial y legislativa de los Estados europeos se pueda llegar a la conclusión de que se ha formado un "consenso europeo" de ámbito regional sobre este tema. Pero ya se ha señalado, a lo largo de esta Sentencia el TEDH sólo hace referencia en una ocasión a la noción de "consenso europeo" y con carácter general. Con posterioridad, a la hora de valorar la práctica de los Estados europeos la Gran Sala omite cualquier referencia a esta noción. A buen seguro, porque no aprecia que se haya gestado tal consenso europeo con relación a la aplicación del foro de necesidad a las demandas civiles extraterritoriales relativas a la vulneración grave de los DH. Lo que, como a continuación se comprobará, en última instancia conduce a que el Tribunal de Estrasburgo reconozca el amplio margen de apreciación nacional del que disfruta Suiza en la aplicación del art. 6.1 del CEDH en este caso en concreto.

En este orden de cosas, el TEDH se muestra firme en la aplicación de la ya mencionada doctrina que ha mantenido en su jurisprudencia, con la que en definitiva

---

protesta por un buen número de terceros Estados de todas las latitudes geográficas: MORA, P.D., "Universal Civil Jurisdiction and *Forum Necessitatis*: The Confusion of Public and Private International Law in *Nait-Liman v. Switzerland*", *Netherlands International Law Review*, vol. 65, 2018, pp. 155-183, pp. 174-175.

<sup>49</sup> Párr. 187.

<sup>50</sup> Véase MORA, P.D., "Universal Civil Jurisdiction...", *loc. cit.*, pp. 179-181.



sostiene que los Estados partes en el CEDH pueden establecer restricciones al Derecho de acceso a sus tribunales, si existe un fin legítimo para ello, y, además, se da una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Proporcionalidad que valora fundamentalmente de conformidad con lo dispuesto por las normas del DI que también vinculan a tales Estados. Aunque la Gran Sala es muy breve en su valoración de esta cuestión por lo que se refiere a la existencia de normas consuetudinarias relativas al foro de necesidad: simplemente advierte que del análisis de la práctica legislativa y judicial de 40 Estados europeos, se aprecia que 28 de ellos no reconocen en sus ordenamientos internos el foro de necesidad como título de jurisdicción civil internacional. Mientras que los 12 Estados que sí lo admiten, suelen reservar su aplicación al Derecho de Familia y al Derecho de los Contratos. No existe práctica en la que alguno de los 12 Estados aplique el foro de necesidad para establecer la jurisdicción de sus tribunales respecto de actos de tortura cometidos en el territorio de terceros Estados por parte de los órganos de estos últimos. Respecto de otros Estados no europeos, solamente Canadá prevé el foro de necesidad como supuesto de jurisdicción civil internacional en favor de sus tribunales internos. Otros Estados anglosajones (Estados Unidos, Reino Unido) regulan el principio *forum non conveniens*, que permite a sus tribunales rechazar su jurisdicción si consideran que los tribunales de otro Estado tienen una conexión más apropiada con el caso objeto de la demanda<sup>51</sup>.

Además, la Gran Sala observa que en todos los Estados en los que se admite el foro de necesidad, su aplicación se supedita al menos a dos condiciones, que son objeto de interpretación en cada caso concreto por parte de los tribunales internos: en primer lugar, la imposibilidad de que la demanda sea presentada ante los tribunales de otro Estado<sup>52</sup>;

---

<sup>51</sup> Párrs. 84-90, en los que se presenta de forma muy resumida la práctica internacional sobre el foro de necesidad y su distinción con el *forum non conveniens*. En la doctrina española, sobre la aplicación del *forum non conveniens* con relación a demandas relativas a la "human rights litigation", véase REQUEJO ISIDRO, M., *Violaciones...*, *op. cit.*, pp. 208 y ss.

<sup>52</sup> En *Naït-Liman* el Gobierno suizo insistió en que, tras la caída en 2011 en Túnez del régimen de Ben Alí, el demandante, en vez de acudir ante los tribunales suizos, debía tratar de obtener una reparación por las torturas sufridas en 1992 ante las autoridades administrativas y judiciales tunecinas. Más en concreto, en el contexto de las reformas emprendidas en este país norafricano se habían adoptado leyes dirigidas a asegurar una reparación para las víctimas de violaciones graves de los DH y en particular con este fin se había creado la "Comisión para la Verdad y la Dignidad": párrs. 31-36. Según mantiene la Gran Sala, aunque el demandante presentó una solicitud ante dicha Comisión y recibió un acuse de recibo de su solicitud, teniendo en cuenta que esta Comisión fue creada con posterioridad a la citada Sentencia del Tribunal Federal Supremo de Suiza de 2007, la posibilidad de presentar una demanda ante esta Comisión, en su caso seguida o acompañada de una demanda ante los tribunales tunecinos, "is not relevant for the examination of the present case": párr. 101. Además, la Gran Sala advierte que en la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de Suiza de 2007, se deja abierta la cuestión de si se cumple o no la segunda condición que se exige en el citado art. 3 de la LDIP para la aplicación del foro de necesidad (que los procedimientos ante los tribunales de otros Estados se han demostrado que son imposibles o al menos no se puede razonablemente exigir que sean planteados); por ello, considera que no es

y, en segundo lugar, la existencia de ciertos vínculos de conexión entre los hechos objeto de la demanda y el Estado ante cuyos tribunales se quiere plantear<sup>53</sup>.

A la vista del sumario repaso de la práctica internacional que lleva a cabo, el TEDH concluye que el concepto de foro de necesidad no es “generally accepted by the States”. Por tanto, no existe en el DI una norma consuetudinaria que obligue a las autoridades suizas a aplicar el foro de necesidad como título competencial para que sus tribunales internos se ocupen de enjuiciar las violaciones graves de los DH cometidas en terceros Estados por los órganos de estos últimos<sup>54</sup>. Conclusión que debe valorarse como ajustada al DI en vigor, siempre teniendo en cuenta la práctica internacional protagonizada hasta la fecha por los Estados partes en el CEDH y también por otros Estados. Un examen algo más detenido merece el análisis del DI convencional.

#### **IV. LA RESPUESTA DEL DI CONVENCIONAL**

##### **1. El debate sobre la aplicación de la Convención contra la Tortura de 1984 y la jurisdicción civil universal.**

La Gran Sala considera que el DI convencional tampoco obliga a establecer la jurisdicción civil universal por actos de tortura, respecto de los que no existe ninguna conexión con los tribunales del Estado del foro, cometidos fuera de su territorio por parte de órganos de un Estado extranjero, como se plantea en *Nait-Liman*<sup>55</sup>.

Si bien, la Gran Sala reconoce que el Comité contra la Tortura en su Comentario General n. 3 adoptado el 13 de diciembre de 2012, defiende una interpretación del art. 14 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984<sup>56</sup>, según la cual se propone que los Estados asuman la obligación de garantizar el derecho a obtener una reparación para las víctimas de actos de torturas incluso si son cometidos fuera de su territorio<sup>57</sup>. La postura

---

necesario entrar a valorar si el demandante debería haber acudido ante los tribunales italianos, país en el que residía cuando fue detenido y trasladado a Túnez en 1992: párr. 102.

<sup>53</sup> Párr. 200.

<sup>54</sup> Párr. 201.

<sup>55</sup> Párr. 188.

<sup>56</sup> BOE de 9 de noviembre de 1987. Su art. 14 presenta el siguiente tenor literal: “1. Todo Estado Parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización. 2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a la indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales”.

<sup>57</sup> Párr. 189 y párrs. 52-53 en los que se citan literalmente los párrs. 22 y 38 del mencionado Comentario General, en el que efectivamente no se limita geográficamente el ámbito de aplicación

que mantiene el Comité contra la Tortura en el citado Comentario General, es uno de los argumentos principales con los que sostiene su Opinión Disidente el Juez Dedov, a la que se volverá a hacer referencia en el epígrafe V.1<sup>58</sup>.

Pero el TEDH también advierte que a la hora de responder a denuncias individuales, el Comité contra la Tortura ha negado la existencia del derecho de reparación de las víctimas de tortura con este alcance extraterritorial, en concreto en los casos *Marcos Roitmann Rosenmann v. Spain*<sup>59</sup> y *Z v. Australia*<sup>60</sup>. En este último la víctima de actos de tortura cometidos en China por órganos de este Estado, presenta una demanda civil ante los tribunales australianos contra altos funcionarios del Gobierno chino, que es desestimada al reconocer la inmunidad de jurisdicción del Estado asiático y de sus órganos. Presentada una comunicación individual ante el Comité contra la Tortura en la que se alega la vulneración del art. 14 de la Convención de 1984, en su defensa el Gobierno australiano manifiesta la siguiente postura jurídica: “El Estado parte considera además que la comunicación carece de fundamento, ya que se refiere a un presunto acto de tortura cometido por un funcionario chino en China, y el artículo 14 no impone a ningún Estado la obligación de ejercer la jurisdicción civil con respecto a actos de tortura cometidos por un funcionario extranjero en un país extranjero”<sup>61</sup>. El Comité contra la Tortura decide declarar inadmisibles las comunicaciones, ya que aunque “toma nota” de la mencionada Observación General n. 3 (2012), “no obstante, el Comité observa que, en las circunstancias concretas del presente caso el Estado parte no es competente para

---

del art. 14 de la Convención de 1984. En el párrafo 22 el Comité afirma lo siguiente: “El Comité ha encomiado los esfuerzos de los Estados partes por proporcionar recursos civiles a las víctimas que fueron sometidas a torturas o malos tratos fuera de su territorio. Ello reviste particular importancia cuando la víctima no está en condiciones de ejercer los derechos garantizados en el artículo 14 en el territorio en que tuvo lugar la violación de la Convención. En efecto, el artículo 14 requiere que los Estados partes velen por que todas las víctimas de torturas y malos tratos puedan tener acceso a recursos y obtener reparación”: CAT/C/GC/3, de 13 de diciembre de 2012, cuyo texto íntegro se puede consultar en [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fC%2fGC%2f3&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fC%2fGC%2f3&Lang=en).

<sup>58</sup> El juez Dedov insiste en que los Estados partes en la Convención de 1984 se han comprometido a garantizar un remedio efectivo para las víctimas de actos de tortura, como se establece en su art. 14. En su opinión, “... this article imposes obligations on both of the States concerned, since both Switzerland and Tunisia have ratified the Convention. It should be noted that this primarily concerns Tunisia. I believe that Switzerland could have the applicant’s claim in the present case been examined by the domestic courts”. Añade que “Article 14 of the Convention against torture does not provide for any geographical or other jurisdictional limitations to its application”, y cita el mencionado Comentario General del Comité contra la Tortura.

<sup>59</sup> N. 176/2000, Decisión de 30 de abril de 2002.

<sup>60</sup> N. 511/2012, Decisión de 26 de noviembre de 2014.

<sup>61</sup> Párr. 4.3 de esta Comunicación.

juzgar los actos presuntamente cometidos por funcionarios de otro Estado fuera del territorio del Estado parte...”<sup>62</sup>.

Teniendo en cuenta lo decidido en las citadas Comunicaciones, el TEDH concluye que hasta la fecha en ningún caso el Comité contra la Tortura ha reconocido la obligación de ejercer la jurisdicción civil universal en virtud del art. 14 de la Convención de 1984. Pero además añade que “In any case, the applicant does not allege this”<sup>63</sup> [*sic*]. Como ya se ha señalado supra, si el demandante no lo alega, se puede poner en duda que sea necesario que el TEDH se tome el trabajo de analizar una cuestión que no se plantea en la demanda. Sobre esta cuestión se volverá en el epígrafe V.1 de este trabajo.

En esta misma dirección, el Tribunal de Estrasburgo se refiere a los Trabajos preparatorios que dieron lugar a la adopción de la Convención de 1984, de conformidad con el art. 32 de la Convención de Viena de 1969. Menciona en concreto que Holanda propuso que se incluyera en el art. 14 la frase “cometidos en cualquier territorio bajo su jurisdicción”, que finalmente no se incorporó a esta disposición, pero por motivos desconocidos según la doctrina<sup>64</sup>. Por tanto, a la vista de los trabajos preparatorios no se puede concluir que los Estados que adoptaron la Convención de 1984 tenían la intención de establecer la jurisdicción civil universal en el marco del art. 14<sup>65</sup>.

El TEDH también rechaza el argumento, *a sensu contrario*, que presentan Amnistía Internacional y la Comisión de Internacional de Juristas, quienes defienden que la ausencia de reservas al art. 14, excepto la formulada por Estados Unidos dirigida a excluir la jurisdicción civil universal, debe interpretarse en el sentido de que los Estados sí que aceptan que el art. 14 establece la jurisdicción civil universal. Para la Gran Sala, el hecho de que tanto a lo largo de los trabajos preparatorios como en el texto finalmente adoptado no se contemple la jurisdicción civil universal, se debe valorar en la dirección de que “..., the States simply did not envisage the possibility of universal jurisdiction and, accordingly, did not feel obliged to enter reservations to Article 14 in order to exclude such jurisdiction from its scope”<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> Párr. 6.3. La Comunicación 511/2012 se puede consultar en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/006/30/PDF/G1500630.pdf?OpenElement>.

<sup>63</sup> Párr. 190.

<sup>64</sup> En los párrs. 56-58 la Gran Sala se refiere a algunas opiniones doctrinales sobre la interpretación del art. 14 de la Convención de 1984, que serán citadas a continuación.

<sup>65</sup> Párrs. 191-192.

<sup>66</sup> Párr. 193. Y párrs. 49-51 en los que se ofrece una breve referencia de los trabajos preparatorios que dieron lugar a la adopción de la Convención de 1984, y de la práctica convencional de Estados Unidos. Más en concreto, la reserva presentada por Estados Unidos tiene el siguiente tenor literal: “(3) That it is the understanding of the United States that article 14 requires a State Party to provide a private right of action for damages only for acts of torture

Además, la Gran Sala se detiene a analizar “certain non-legally binding documents” que han sido recientemente adoptados sobre este tema, en los que se recomienda a los Estados que permitan a las víctimas de actos de tortura el acceso a sus tribunales; incluido el supuesto en el que sea necesaria la jurisdicción civil universal en orden a prevenir la denegación de justicia, como consecuencia de la falta de actuación de los tribunales del Estado en cuyo territorio se cometieron los actos de tortura<sup>67</sup>. A este respecto, se refiere únicamente<sup>68</sup> a lo dispuesto en la Resolución del *Institut de Droit International* (IDI) adoptada en Tallin el 30 de agosto de 2015, en la que se propone que los Estados apliquen la jurisdicción civil universal para asegurar una reparación para las víctimas de violaciones graves de los DH<sup>69</sup>. Pero la Gran Sala advierte que el uso del condicional “debería” en el apartado 2.1 de dicha Resolución, permite sostener que la jurisdicción civil universal como medio para reparar los actos de tortura no deja de ser una propuesta de *lege ferenda* que va más allá del DI en vigor<sup>70</sup>. Según señala el

---

committed in territory under the jurisdiction of that State Party”: se puede consultar en [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq\\_no=IV-9&chapter=4&clang=en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=IV-9&chapter=4&clang=en).

<sup>67</sup> Párr. 54.

<sup>68</sup> Dentro del apartado III de esta Sentencia, titulado “Derecho y práctica internacional relevante”, también se cita la Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, titulada “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”; así como los trabajos desarrollados por la *International Law Association* en la sesión celebrada en Sofía en 2012 sobre el foro de necesidad, en la que se aprobaron las “Guidelines on best practices for international civil litigation for human rights violations”: párrs. 61 y 66 respectivamente. Pero con posterioridad a lo largo de esta Sentencia el TEDH no volverá a referirse a estos dos documentos, a pesar de que en el mencionado apartado III los ha catalogado como de “práctica internacional relevante”.

<sup>69</sup> En efecto, el TEDH se detiene en el análisis de la Resolución aprobada por el IDI el 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 en la que con este mismo objetivo se afirma que la inmunidad de los Estados no debería privar a las víctimas de su derecho a la reparación, sin más concreción al respecto. Esta Resolución es producto de la ponencia presentada por Andreas Bucher, especialista en DI privado (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, con pocas excepciones (Giorgio Gaja...): el texto de esta Resolución y el Informe del Ponente y los debates en la Comisión se pueden consultar en: [http://www.idi-ii.org/fr/sessions/tallinn-2015/?post\\_type=publication](http://www.idi-ii.org/fr/sessions/tallinn-2015/?post_type=publication).

<sup>70</sup> Párrs. 195 y 62-63. El mencionado art. 2.1 de esta Resolución está redactado con el siguiente tenor literal: “A court should exercise jurisdiction over claims for reparation by victims provided that: a) no other State has stronger connections with the claim, taking into account the connection with the victims and the defendants and the relevant facts and circumstances; or b) even though one or more other States have such stronger connections, such victims do not have available remedies in the courts of any such other State”.

Tribunal de Estrasburgo, el propio Ponente nombrado por el IDI sobre este tema<sup>71</sup>, al igual que un sector de la doctrina, niega el alcance extraterritorial de la aplicación del art. 14 de la Convención de 1984 cuando se trata de actos cometidos por órganos de un Estado extranjero<sup>72</sup>.

Por último, el TEDH rechaza que del tenor literal del art. 16 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951<sup>73</sup>, en el que se preceptúa que los refugiados tendrán derecho de acceso a los tribunales de todos los Estados partes en este tratado internacional, se pueda llegar a la conclusión de que este precepto garantiza el derecho a presentar demandas extraterritoriales contra Estados extranjeros por actos de tortura cometidos por sus órganos. Para la Gran Sala este precepto no va más allá de establecer con carácter general que los refugiados tienen derecho de acceso ante los tribunales, sin más precisión sobre el contenido y alcance de este derecho, ni por supuesto extender su aplicación a hechos cometidos fuera del territorio del Estado del foro y llevados a cabo por órganos de otro Estado<sup>74</sup>.

Después del repaso de la práctica convencional, el Tribunal de Estrasburgo llega a la conclusión de que el DI, sea consuetudinario, sea convencional, no obliga a que Suiza permita que se presenten demandas ante sus tribunales en virtud de la jurisdicción civil universal respecto de actos de tortura<sup>75</sup>. Conclusión que se debe compartir, siempre a la luz del DI en vigor, como se volverá a insistir en el epígrafe V.1. Si bien, conviene señalar, de nuevo, que esta cuestión no es planteada por el demandante, quien, como ya se ha insistido, basa su demanda en que la aplicación del foro de necesidad por parte de los tribunales suizos ha sido arbitraria o manifiestamente no razonable y por tanto ha vulnerado el art. 6.1 del CEDH.

---

<sup>71</sup> Párrs. 63 y 196. En concreto, en el párr. 65 de la citada Ponencia de Bucher, se afirma lo siguiente: "... le régime préconisé par la Convention sur la torture n'impose pas à un Etat une obligation de réparation pour des actes n'ayant aucun lien avec cet Etat ou au bénéfice de victimes dont la protection ne relève pas de son rayon d'intérêts, que ceux-ci soient exprimés par des critères de juridiction, des enjeux politiques u d'une autre manière encore. En d'autres termes, la Convention n'impose pas à un Etat une compétence universelle civile de ses tribunaux".

<sup>72</sup> Párrs. 196 y 56-58 en los que cita varios trabajos doctrinales (de Nowak/McArthur, Parlett, Hall, Orakhelashvili y Mora). Conviene destacar, por tanto, que en esta Sentencia el TEDH tiene en cuenta, en alguna medida, "las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho,..." según se prevé en el art. 38.1d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Aunque cabría preguntarse el porqué de la selección de autores que recoge el Tribunal de Estrasburgo en esta Sentencia, todos ellos por cierto con trabajos publicados en inglés.

<sup>73</sup> BOE de 21 de octubre de 1978.

<sup>74</sup> Párrs. 197 y 59.

<sup>75</sup> Párr. 198.

## **2. El DI convencional no obliga a establecer el foro de necesidad; pero el art. 6.1 del CEDH obliga a que su aplicación no sea arbitraria ni manifiestamente no razonable**

Asimismo, la Gran Sala advierte, sin mayor explicación ya que no deja de ser muy evidente, que no existe ningún tratado internacional que obligue a los Estados a establecer el principio del foro de necesidad para regular la jurisdicción civil de sus tribunales ante demandas relativas a actos de tortura cometidos en el extranjero por órganos de otro Estado<sup>76</sup>. Lo que le permite llegar a la conclusión de que el DI no obliga a Suiza a aceptar la demanda presentada ante sus tribunales por Naït-Liman en virtud de la jurisdicción civil universal o del principio del foro de necesidad. En definitiva, las autoridades suizas disfrutaban de un amplio margen de apreciación a la hora de aplicar el art. 6.1 de la CEDH en este ámbito<sup>77</sup>.

Pero a pesar de que Suiza dispone de un amplio margen de apreciación a la luz del DI consuetudinario y convencional, el TEDH se detiene a valorar si las autoridades suizas se han excedido en su aplicación en concreto a este caso. En efecto, como ya se ha reiterado la demanda presentada en Estrasburgo se basa en que los tribunales suizos han restringido su jurisdicción de forma arbitraria o al menos manifiestamente no razonable, al considerar que los actos de tortura cometidos contra el demandante no presentan suficiente conexión con Suiza, como así exige en el citado art. 3 de la LDIP. En este precepto se prevé la jurisdicción de los tribunales suizos en virtud del foro de necesidad si se dan las tres condiciones que de forma cumulativa son necesarias para su aplicación<sup>78</sup>. Más en particular, como ya se ha señalado el demandante considera arbitrario o al menos manifiestamente no razonable y por tanto contrario al art. 6.1 de la CEDH, que los tribunales suizos interpreten que la existencia de suficiente conexión con Suiza se debe valorar exclusivamente con relación a los hechos relativos a la tortura que sufre en 1992, y no tengan en consideración que es residente habitual en Suiza desde 1993, refugiado en este Estado desde 1995 y nacional suizo desde 2007<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> Párr. 202.

<sup>77</sup> Párr. 203.

<sup>78</sup> A saber, los siguientes ya citados criterios: a) que los tribunales suizos no tengan jurisdicción en virtud de otro título competencial; b) los procedimientos ante los tribunales de otros Estados se han demostrado que son imposibles o al menos no se puede razonablemente exigir que sean planteados; y c) que los procedimientos se planteen ante “the Swiss judicial or administrative authorities of the locality with which the case has a *sufficient connection*” (cursiva añadida).

<sup>79</sup> Párrs. 139-141. Como también insistió el demandante en la vista oral que se celebró ante la Gran Sala el 14 de junio de 2017, según se puede consultar en [https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=5135707\\_14062017&language=lang](https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=5135707_14062017&language=lang).

El TEDH, después de ofrecer un repaso del Derecho comparado y del Derecho de la UE, llega a la conclusión de que Suiza no se ha excedido en su margen de apreciación al regular en su ordenamiento interno el foro de necesidad y supeditar su aplicación al cumplimiento de tres condiciones cumulativas, una de ellas relativa a la existencia de suficiente conexión entre el caso y el Estado que asume la jurisdicción. Condición esta última que debe ser valorada por los tribunales internos. Por tanto, con esta legislación Suiza no ha sobrepasado el margen de apreciación que le corresponde en la aplicación del art. 6.1 del CEDH<sup>80</sup>.

En este sentido, por lo que respecta a las decisiones adoptadas por los tribunales suizos, al igual que sucede en el Derecho comparado y en el Derecho de la UE<sup>81</sup>, el TEDH considera que los órganos jurisdiccionales helvéticos disfrutan de un considerable margen de discreción a la hora de determinar la existencia o no de suficiente vínculo de conexión y aplicarlo en cada caso<sup>82</sup>. La Gran Sala mantiene que corresponde a los tribunales de cada Estado interpretar su derecho interno. Se trata, según sostiene este órgano jurisdiccional de naturaleza internacional como se insistirá a continuación, de un “principio fundamental”<sup>83</sup>.

Cabe destacar que según el Tribunal Federal Supremo de Suiza, *la existencia o no de una conexión suficiente se debe valorar teniendo en cuenta los hechos que motivaron la demanda, que datan de 1992, y no las posteriores circunstancias personales del*

---

<sup>80</sup> Párr. 207-208.

<sup>81</sup> Párrs. 84 a 93 en referencia al Derecho comparado y al Derecho de la UE (en concreto, los Reglamentos 1215/2012, 650/2012, 4/2009 y 1103/2016), relativos a la regulación del foro de necesidad. Por lo que respecta a la citada normativa de la UE, el TEDH advierte que “However, it should be noted that none of these texts provides more specific information on the nature of this connection. Identification of the relevant connection and the effective existence of a sufficient connection are left in each case to the assessment of the domestic court”: párr. 90. En este sentido, por ejemplo el art. 11 del Reglamento 650/2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y a la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DO L 201, 27.7.2012), lleva como título *forum necessitatis* y presenta el siguiente tenor literal: “Cuando ningún tribunal de un Estado miembro sea competente con arreglo a otras disposiciones del presente Reglamento, los tribunales de un Estado miembro podrán resolver, en casos excepcionales, sobre la sucesión si resultase imposible o no pudiese razonablemente iniciarse o desarrollarse el proceso en un tercer Estado con el cual el asunto tuviese una vinculación estrecha. El asunto deberá tener una vinculación suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer de él”.

<sup>82</sup> Párr. 209.

<sup>83</sup> Párr. 210 en el que se remite al párr. 116, que reza con el siguiente tenor literal: “... the Court reiterates the fundamental principle according to which it is for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law (see, among many other authorities, *Kruslin v. France*, 24 April 1990, § 29, Series A no. 176-A; *Kopp v. Switzerland*, 25 March 1998, § 59, Reports 1998-II; and *Nusret Kaya and Others v. Turkey*, nos. 43750/06, 43752/06, 32054/08, 37753/08 and 60915/08, § 38, ECHR 2014 (extracts)). It follows that the Court cannot call into question the findings of the domestic authorities on alleged errors of domestic law unless they are arbitrary or manifestly unreasonable (see, to this effect, *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal* [GC], no. 73049/01, §§ 85-86, ECHR 2007-I)”.



*demandante*. Como ya se ha dicho, con posterioridad a los hechos reside habitualmente en Suiza desde 1993, le fue reconocida la condición de refugiado en el Estado helvético en 1995 y en 2007 se convirtió en nacional suizo<sup>84</sup>. Pero el TEDH, a la vista del amplio margen de apreciación del que disfrutaban los tribunales internos en la aplicación del foro de necesidad, "... perceives no arbitrary or manifestly unreasonable elements in the Federal Supreme Court's interpretation of section 3 of the LDIP in the present case"<sup>85</sup>. Por tanto, las restricciones al Derecho de acceso a los tribunales suizos que las autoridades de este país han aplicado al demandante, no son desproporcionadas con relación a los fines legítimos perseguidos<sup>86</sup>.

En su extensa Opinión Disidente, el juez Serghides defiende que la interpretación que del citado art. 3 llevan a cabo los tribunales suizos es arbitraria o al menos manifiestamente no razonable y por tanto vulnera el art. 6.1 del CEDH<sup>87</sup>. A su parecer, el art. 3 se debe interpretar de forma sistemática con el art. 129 de la misma norma, en el que se prevé la jurisdicción de los tribunales suizos respecto de demandas relativas a daños, contemplándose los siguientes supuestos: en primer lugar, la jurisdicción corresponde a los tribunales suizos del domicilio del demandado; en ausencia de domicilio, a los tribunales donde resida habitualmente o tenga su lugar de negocios; de no darse ninguno de estos supuestos, tendrán jurisdicción los tribunales suizos competentes en el lugar donde se cometieron los hechos o donde se produjeron sus resultados<sup>88</sup>.

Serghides sostiene que con la Decisión del Tribunal Federal Supremo de 2007, en la que se mantiene que la aplicación del foro de necesidad está condicionada a la existencia de otros vínculos de conexión que no sean la residencia habitual del

---

<sup>84</sup> Párrs. 211-213.

<sup>85</sup> Párr. 214.

<sup>86</sup> Párr. 216.

<sup>87</sup> Con una argumentación mucho menos desarrollada, en su Opinión Disidente a la citada Sentencia de la Sala de 2016, los Jueces Karakas, Vucinic y Küris defienden que se ha producido "denegación de justicia" por parte de Suiza, ya que en su opinión sí existen vínculos de conexión que justifican la competencia de los tribunales suizos. A su juicio se debe tener en cuenta que el demandante residía en Suiza desde 1992, que en 1995 le fue reconocido el estatuto de refugiado y que en 2007 fue nacionalizado suizo. Y sobre todo, como se ha señalado en nota supra 45, insisten --de forma errónea según la información que se proporciona en la Sentencia de la Gran Sala--, en que el Ministro de Interior tunecino se encontraba en un hospital en Suiza cuando se presenta la querrela penal en febrero de 2001, hasta cinco días después cuando abandona el país; y el Gobierno suizo no ofrece ninguna información sobre los motivos y la fecha de la salida del país, por lo que el TEDH debería haber prestado una especial atención respecto de esos cinco días de inacción por parte de las autoridades del país helvético.

<sup>88</sup> Párr. 13 de la citada Opinión Disidente. El citado art. 129.2 preceptúa lo siguiente: "Where the defendant has neither a domicile nor a place of habitual residence or place of business in Switzerland, the action may be brought before the Swiss court of the place in which the act took place or of its outcome".

demandante en Suiza o su condición de refugiado, *en última instancia se supedita la aplicación del art. 3 a que los hechos se hayan cometido en Suiza [sic]*. A pesar de que el art. 129.2 ya prevé la jurisdicción de los tribunales suizos cuando los hechos se han cometido en Suiza y el art. 3 prevé su aplicación de forma subsidiaria, precisamente cuando los tribunales suizos no tengan jurisdicción en virtud de otro título competencial previsto en la citada normativa de 1987<sup>89</sup>. En su opinión, la existencia de suficientes vínculos de conexión debería ser valorada teniendo en cuenta los hechos que se dan en el momento de presentarse la demanda ante los tribunales internos suizos, en 2004, y no, como así hace el Tribunal Federal Supremo, atendiendo únicamente a los hechos que se dan en 1992 cuando se cometen los actos de tortura. Para el Juez Serghides, *el principio de efectividad* debe guiar la interpretación de las disposiciones del art. 6.1 del CEDH, tanto por parte del TEDH como por los tribunales internos. Pero el Tribunal Federal Supremo ha restringido de forma arbitraria o manifiestamente no razonable el Derecho de acceso del demandante a los tribunales suizos, dejando de lado el principio de efectividad; por lo que se ha vulnerado el art. 6.1 del CEDH<sup>90</sup>.

Los argumentos que ofrece el Juez Serghides en su correctamente redactada Opinión Disidente, podrían poner en duda la solución que asume la Gran Sala en esta Sentencia. Si el TEDH fuera una especie de Tribunal de Casación, con competencia para revisar la interpretación que del derecho interno llevan a cabo los tribunales nacionales, que dejarían de serlo y se convertirían en instancias judiciales inferiores sometidas por lo que se refiere a toda su actividad a la instancia superior en la que se convertiría el TEDH. Pero el Tribunal de Estrasburgo es un tribunal de naturaleza internacional, encargado exclusivamente de velar por el cumplimiento del CEDH y sus Protocolos. Como ha repetido en numerosas ocasiones el propio Tribunal, no le corresponde el control que de la aplicación del derecho interno de cada Estado llevan a cabo sus respectivos tribunales nacionales, salvo que tal aplicación pueda considerarse como arbitraria o manifiestamente no razonable. Desde esta perspectiva y más en concreto, el TEDH se

---

<sup>89</sup> Párrs. 15-16 de la citada Opinión Disidente. Y párrs. siguientes en los que desarrolla esta línea argumental, para llegar a la contundente conclusión, en párr. 20, de que “the interpretation and application of section 3 of LDIP by the Federal Supreme Court was thus made *contra legem* and based on an error in law. With all due respect, the judgment of the Federal Supreme Court was reached *per incuriam*, and it was, therefore, arbitrary and manifestly unreasonable”.

<sup>90</sup> Párr. 33 y ss. Afirma lo siguiente: “...Opting for a restrictive interpretation of the above term militates against the purpose of section 3 of the LDIP, as can be seen from the facts of the present case. Why should the situation of a Tunisian refugee such as the applicant, who has been granted political asylum in Switzerland and has lived there with his family for more than ten years, be considered as an irrelevant link for the purposes of section 3 of the LDIP, although the person concerned obviously has no other forum abroad to secure his rights? If a domicile of more than ten years in Switzerland does not constitute a sufficient link with that country, when will this link exist?”: párr. 53. Más aún cuando en otros casos los tribunales suizos han aceptado que la residencia habitual en Suiza o la nacionalidad Suiza sí es suficiente vínculo de conexión, en concreto para aplicar el foro de necesidad en demandas relativas al Derecho de Familia: párr. 54.

excedería de sus funciones si, como propone el Juez Serghides, hubiera decidido enmendar la interpretación del art. 3 de la LDIP que lleva a cabo el Tribunal Federal Supremo suizo en *Naït-Liman*. A la vista de lo dispuesto por el DI consuetudinario y convencional, y teniendo en cuenta la práctica legislativa y judicial de los Estados que aplican el foro de necesidad en sus ordenamientos internos, al TEDH, como tribunal de naturaleza internacional, no le corresponde “casar” la decisión de los tribunales suizos de no considerarse competentes en este caso; *no es una cuarta instancia*<sup>91</sup>. Caso en el que, según concluye la Gran Sala, no cabe apreciar que las autoridades suizas se hayan excedido del margen de apreciación que les corresponde en la aplicación del art. 6.1 del CEDH.

## V. VALORACIÓN DE ESTA JURISPRUDENCIA Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

### 1. Un resultado conforme con el CEDH, según es interpretado a la luz del DI en vigor

Toda esta línea argumental que acaba de ser objeto de análisis, permite a la Gran Sala llegar a la conclusión de que Suiza no ha vulnerado el art. 6.1 de la CEDH, al rechazar sus tribunales la aplicación del foro de necesidad ante la demanda civil interpuesta por *Naït-Liman*. Las restricciones a la aplicación del art. 6.1 decididas por las autoridades suizas persiguen fines legítimos y no son desproporcionadas para conseguir tales fines<sup>92</sup>.

Se debe aceptar la conclusión a la que llega el TEDH sobre el DI en vigor. Desde luego, no cabe apreciar la existencia de una práctica general, constante y uniforme, y duradera, que sustente la existencia de una norma consuetudinaria, ni tampoco normas convencionales, que obliguen a los Estados, en este caso a Suiza, a admitir la jurisdicción civil universal o la aplicación del principio del foro de necesidad, respecto de demandas relativas a actos de tortura cometidos en el territorio de otros Estados por parte de los órganos de estos últimos. Ni tampoco la posible existencia de un “consenso” de ámbito regional europeo, sobre todo de conformidad con la práctica legislativa y judicial de los Estados europeos, que pudiera ofrecer una protección de los DH del demandante que vaya más allá de lo establecido en el DI en vigor para Suiza. Por tanto,

---

<sup>91</sup> Como ha reconocido no hace mucho el TEDH, en otro contexto pero en esta misma dirección, en *López Ribalda y otros c. España*, Sentencia de 9 de enero de 2018 (app. 1874/13 y 8567/13) (ECLI:CE:ECHR:2018:0109JUD000187413), párr. 95: “..., el propio Tribunal no puede evaluar los hechos que han llevado a un tribunal nacional a adoptar una decisión en lugar de otra; de lo contrario, estaría actuando como un tribunal de cuarta instancia e ignoraría los límites impuestos a su acción” (este caso se encuentra pendiente del recurso presentado ante la Gran Sala).

<sup>92</sup> Párr. 217.

las restricciones a la aplicación del art. 6.1 que en este caso protagonizan las autoridades suizas se sitúan dentro del margen de apreciación nacional que les permite el CEDH.

Por más que en su Opinión Disidente el Juez Dedov critique con dureza el enfoque metodológico del que hace uso el TEDH, hasta el punto de titular uno de los epígrafes de su Opinión Disidente con la siguiente expresión cinéfila y peyorativa: “Positivism as a dark side of international law”. En este sentido, mantiene que la Gran Sala ha optado por dictar un “legal judgment, not a moral open-ended judgment, although the latter approach would be the most appropriate in the present case” [sic]; para ello se apoya en las críticas al positivismo formuladas por Hart<sup>93</sup>. Niega a este respecto que la Gran Sala deba fundamentar su decisión en torno a la noción de *consensus* sobre la existencia o no de una norma que obligue a los Estados a ejercer la jurisdicción civil universal o el foro de necesidad; y como ejemplo para sustentar sus críticas hace referencia a que la prohibición de la esclavitud necesitó más de 3000 años para que se alcanzara un *consensus* entre los Estados en torno a tal prohibición<sup>94</sup>. En esta dirección, llega a la conclusión de que esta Sentencia es contraria a las normas de *ius cogens* [sic]<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> Aunque quizás no se merece que se le dé demasiada notoriedad a la Opinión Disidente del Juez Dedov, es de destacar la enorme “flexibilidad” con la que se manifiesta en su razonamiento, haciendo uso de argumentos con el siguiente tenor literal: “Positivists believe that the law’s authority does not derive from morality, but from acceptance and recognition by officials (see H.L.A. Hart, “The Concept of Law”, Clarendon Law Series, 1961). Positivism therefore separates law from morality. The same approach is pursued by the majority, who came to the conclusion that the national courts are not legally bound to assume universal jurisdiction. In general, this is the correct position, but the present case is a special one, and here such a position undermines the provision of effective protection against torture, one of the most serious violations of human rights (an approach that has been recognised internationally). The presumption should be formulated in the opposite way: the national authorities are *bound* by common values, and they are obliged to do everything to give reality to the right of access to a court”.

<sup>94</sup> “If there is no consensus, then, of course, we can wait for it. By the way, the slaves also waited about 3,000 years for an international consensus. The concept *de lege ferenda* rendered this process as drawn-out as possible. It is remarkable that the Court has mentioned this concept in paragraph 114 of the judgment. The critics of the Court’s former activist approach should be satisfied: the concept of human rights becomes a legal ideal rather than a legally binding system. Indeed, the consensus approach is irrelevant for the present case”. Cita como ejemplos en los que en su opinión la noción de *consensus* no ha impedido a la Corte una interpretación pro DH de las disposiciones de la CEDH, *Parrillo v. Italy*, Sentencia de la Gran Sala de 27 de agosto de 2015 (app. 46470/11) (ECLI:CE:ECHR:2015:0827JUD004647011), y *Khamtokhu and Aksenchik v. Russia*, Sentencia de la Gran Sala de 24 de enero de 2017 (app. 60367/08 y 961/11) (ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD006036708). Causa cierta perplejidad que cite estos dos casos, ya que en el primero el TEDH llega a la conclusión de que la prohibición de donar embriones para fines de investigación científica no vulnera el art. 8 (Derecho al respeto a la vida privada y familiar); mientras que en el segundo la Gran Sala mantiene que la Federación de Rusia no vulnera el art. 14 (prohibición de discriminación), en relación con el art. 5 (Derecho a la libertad y a la seguridad), porque en su legislación interna se prevea que la cadena perpetua se aplica a los hombres, pero no a las mujeres, ni a los hombres menores de 18 años cuando cometieron el delito o mayores de 65 años cuando se dicta la sentencia.

<sup>95</sup> Con carácter general, considera que la postura de la Gran Sala pone de manifiesto una visión del ordenamiento internacional propia de una etapa pre DH, en la que se concibe a este

Resulta un tanto sorprendente que un juez nada menos que del TEDH haga uso de este tipo de argumentos. Si, como propone el juez Dedov, el Tribunal de Estrasburgo, en vez de limitarse a aplicar las disposiciones del CEDH a la luz del DI en vigor para sus Estados partes, también tuviera que basar sus decisiones en consideraciones de carácter moral o ético a determinar por los jueces que en ese momento formen parte de este órgano jurisdiccional, en una suerte de iusnaturalismo contemporáneo, la inseguridad jurídica se adueñaría del sistema de protección de los DH establecido por el Consejo de Europa, y muy probablemente este sistema de protección dejaría de tener la confianza de los Estados que lo han puesto en pie, con consecuencias imprevisibles para el propio sistema<sup>96</sup>. Con carácter general, los sujetos principales del ordenamiento

---

ordenamiento como un conjunto de normas que afectan exclusivamente a entidades soberanas, lo que justifica que los intereses del individuo puedan ser sacrificados en favor de los Estados. "Nowadays, however, international law is under the moral influence of effective protection of fundamental rights and freedoms as one of the internationally recognised principles. That influence has already radically changed the perception of international law and international relations, and the Convention against Torture, indeed, is a very important factor in this process. I ought to point out that even without the above Convention, the prohibition of violations against human dignity, such as torture, slavery or racial discrimination, has already become *jus cogens*. The present judgment is therefore contrary to *jus cogens*".

<sup>96</sup> Se debe añadir, además, que paradójica o más bien contradictoriamente, este mismo Juez es autor de otras Opiniones Disidentes, en las que mantiene su voto en contra de la decisión del TEDH de declarar la vulneración de las disposiciones del CEDH por un Estado parte. *Entre otras, algunas referidas a la Federación de Rusia, Estado del que es nacional el juez Dedov*: por ejemplo, en *Bayev and Others v. Russia*, Sentencia de 20 de junio de 2017 (app. 67667/09, 44092/12 and 56717/12) (ECLI:CE:ECHR:2017:0620JUD006766709), la Sala del TEDH decide por *seis votos a favor y el voto en contra del Juez Dedov*, que las sanciones administrativas en forma de multa dineraria impuestas --de conformidad con la legislación rusa que prohíbe la propaganda sobre relaciones sexuales "no tradicionales" dirigida a menores-- a tres activistas gais por llevar a cabo una campaña de publicidad orientada a los menores en la que se defiende la homosexualidad; tales sanciones administrativas vulneran los arts. 10 (libertad de expresión) y 14 (no discriminación) del CEDH. Mientras que en *Z.A and others v. Russia*, Sentencia de 28 de marzo de 2017, (app. 61411/15 and others) (ECLI:CE:ECHR:2017:0328JUD006141115) (pendiente de recurso presentado ante la Gran Sala), la Sala del TEDH decide por *seis votos a favor y el voto en contra del Juez Dedov*, que las autoridades rusas han vulnerado los arts. 3 y 5 del CEDH al mantener privados de libertad durante varios meses en condiciones inhumanas y/o degradantes, en una zona de tránsito de un aeropuerto de Moscú, a los cuatro demandantes, de nacionalidad iraquí, palestina, somalí y siria, respectivamente, mientras tramitaban sus solicitudes de asilo ante dichas autoridades. En este último caso el Juez Dedov despacha su Opinión Disidente con argumentos del siguiente tenor literal: "As regards the allegation of inhuman treatment in the present case, the outcome depends on the first issue, namely, on whether the applicants were deprived of their liberty and whether they were under the control of the authorities. To my mind they were not, because the necessary factual circumstances were lacking. Obviously, the applicants placed themselves in a difficult situation (and this was their own choice), but we cannot say that the situation was degrading for their human dignity... The applicants complained that the authorities did nothing to take care of them. In my view, this is a strange statement, but the Court has again agreed with this shifting of the burden from irresponsible aliens to the State authorities. This neo-liberal concept prevents the Court from raising the question: did the applicants try to solve their problems themselves? This is how the arbitrary shifting of responsibility starts to become an institutionalised interpretation of the Convention as an international instrument" [sic]. Con anterioridad también se puede consultar su Opinión Disidente en *Georgia v. Russia (I)*, Sentencia de la Gran Sala de 3 de julio de 2014 (app. 13255/07) (ECLI:CE:ECHR:2014:0703JUD001325507), en la que se concluye, *por 16 votos a favor y el voto en contra del Juez Dedov*, que la detención y

internacional, los Estados, basan su confianza en los órganos jurisdiccionales que han creado y a los que libremente someten sus controversias, en el presupuesto de que tales órganos se limitan a interpretar y aplicar las normas internacionales resultado de la formación del *consensus generalis* en el que por supuesto los propios Estados han participado (a través de su práctica convencional, diplomática, legislativa, judicial...) <sup>97</sup>.

Ello no supone, ni mucho menos, que un tribunal internacional dedicado a la protección de los DH, como es el TEDH, en su labor jurisprudencial deba tener como misión prioritaria contentar a los gobiernos de los Estados partes en la CEDH. Los propios Estados partes le han encomendado la tarea de velar por el cumplimiento de las disposiciones del CEDH y de sus Protocolos, cuyo contenido el Tribunal de Estrasburgo ha desarrollado y concretado a través de una jurisprudencia que tiene muy en cuenta el principio de efectividad o principio de efecto útil en la aplicación de tales disposiciones dedicadas a la protección de los DH, en bastantes ocasiones muy a pesar de los intereses estatales en presencia <sup>98</sup>. Lo que en última instancia y con carácter también

---

expulsión de nacionales de Georgia llevada a cabo por las autoridades rusas vulnera los arts. 5.1, 5.4, 3 y 13 del CEDH, así como el art. 4 del Protocolo 4.

<sup>97</sup> La Corte Internacional de Justicia mantiene una jurisprudencia claramente anclada en una concepción consensualista del ordenamiento internacional, como así se demuestra, entre otras, por ejemplo en su Sentencia de 3 de febrero de 2012, en el *caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia; intervención de Grecia)*, en la que después del estudio de la práctica internacional llega a la conclusión de que al negar la inmunidad de jurisdicción y de ejecución en favor de Alemania, ante las demandas civiles presentadas contra el Estado alemán por las víctimas de vulneraciones graves del DI humanitario cometidas durante la Segunda Guerra Mundial por las tropas de Hitler, los tribunales italianos han vulnerado el DI en vigor entre Alemania e Italia. En este mismo caso la gran mayoría de los jueces que forman la Corte, rechazan la postura defendida por el juez Cançado Trindade, quien durante la última década se ha convertido en el principal adalid de la tesis objetivista. Muy en resumen, según el juez brasileño en el ordenamiento internacional contemporáneo existen principios o normas jurídicas sobre derechos humanos que priman sobre la voluntad de los Estados o más bien sobre el acuerdo general que se forme entre los Estados, tomando como apoyo fundamental la noción de normas de *ius cogens*. Lo que en el citado caso en concreto, le lleva a votar en contra incluso del apartado del Fallo que reconoce la inmunidad de ejecución de Villa Vigoni, un inmueble del Estado alemán situado en territorio italiano destinado a actividades oficiales no comerciales, como reconoce el propio gobierno italiano; de conformidad con las soluciones normativas que ofrece la Convención de 2004 y la práctica legislativa y judicial interna, el voto en contra del Juez Cançado Trindade en este apartado constituye un verdadero disparate jurídico: véase FERRER LLORET, J., “La insoportable levedad del Derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 24, 2012, pp. 1-36, pp. 22-23 y 25-28.

<sup>98</sup> Por ejemplo, en *N.D. y N.T. c. España*, Sentencia de 3 de octubre de 2017 (apps. 8675/15 y 8697/15) (ECLI:CE:ECHR:2017:1003JUD000867515), la Sala decide por unanimidad que España ha vulnerado los arts. 4 del Protocolo nº 4 (en el que se prohíben las expulsiones colectivas) y 13 del CEDH (Derecho a un recurso efectivo) puesto en relación con el citado art. 4, al haber expulsado la Guardia Civil a Marruecos a dos inmigrantes subsaharianos que intentaban entrar irregularmente en territorio español superando las tres vallas construidas en Melilla por las autoridades españolas en la frontera que separa a España del Estado magrebí. Antes de llegar a esta conclusión, el TEDH “recuerda sus declaraciones anteriores en lo que respecta a la soberanía de los Estados en materia de política de inmigración y la prohibición de recurrir a prácticas incompatibles con el Convenio o sus Protocolos en la gestión de flujos migratorios”, e incluso “toma conocimiento de los ‘nuevos retos’ que deben afrontar los Estados europeos en materia de gestión

general, puede valorarse como una relevante contribución jurisprudencial a la erosión de los principios de voluntarismo y relativismo en su versión más extrema propia del DI clásico; contribución que lleva a cabo el Tribunal de Estrasburgo mediante la interpretación y aplicación de las disposiciones del CEDH y de sus Protocolos, así como del resto de normas del DI, que vinculan a los Estados partes en este sistema de protección regional de los DH<sup>99</sup>.

En este orden de cosas, resulta evidente que al TEDH no le corresponde modificar el DI en vigor; su función es interpretarlo y aplicarlo; no puede sustituir a los Estados en su papel principal de legisladores del DI, ya sea consuetudinario, ya sea convencional, y más en concreto en el sistema regional europeo establecido por el CEDH y sus Protocolos. A pesar de las limitaciones que pueda presentar el DI en vigor desde el punto de vista de los intereses de la víctimas de las violaciones de los DH, en este caso nada menos que de actos de tortura. Siempre desde esta perspectiva, el fallo dictado por el TEDH en *Nait-Liman* puede valorarse como una correcta aplicación de las disposiciones del CEDH, llevada a cabo a la luz del DI en vigor. Como sostiene el TEDH no parece “unreasonable” que un Estado que prevé el foro de necesidad en su ordenamiento interno, condicione su aplicación a que existan factores de conexión con ese mismo Estado en el momento de cometerse los hechos objeto del litigio, de conformidad con el DI en vigor y sin exceder el margen de apreciación que el CEDH le concede<sup>100</sup>.

---

de la inmigración, debidos al contexto de la crisis económica y de las recientes transformaciones sociales y políticas que han afectado muy particularmente a determinadas regiones de África y del medio Oriente”: párr. 101. Por cierto *con un voto parcialmente discordante del Juez Dedov*, en el que mantiene que la mera declaración de la violación del CEDH es suficiente medida para reparar la misma, sin que se deba conceder una indemnización de 5000 euros a cada uno de los demandantes como así ha decidido la mayoría de la Sala; en su opinión se debe tener en cuenta, entre otras circunstancias, que “los demandantes superaron la frontera ilegalmente y violentamente”; y añade que tiene “una inquietud en cuanto al presente asunto y otros casos similares examinados por el TEDH, y es que el TEDH mantenga (si bien no en todos los casos) sus estrictas normas con respecto a las autoridades en una situación de comportamiento ilegal o incluso de violencia. Puedo imaginar hasta qué punto los guarda fronteras españoles han estado desconcertados por esta invasión, cuando los candidatos, acompañados por numerosos inmigrantes, han atacado la frontera” [sic]. Este caso se encuentra pendiente de la respuesta que se dé por el TEDH al recurso presentado por el Gobierno español ante la Gran Sala. En la doctrina española, véase SOLER GARCÍA, C., “La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España”, *Revista General de Derecho Europeo*, n. 45, 2018, pp. 107-160.

<sup>99</sup> Como se demuestra con bastante claridad por ejemplo en el ámbito de la jurisprudencia del TEDH relativa a la aplicación de las normas internacionales que regulan la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero: véase FERRER LLORET, J., “La inmunidad de jurisdicción del Estado ante el TEDH: la alargada sombra del Derecho Internacional consuetudinario”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 34, 2017, pp. 1-56, pp. 44-52.

<sup>100</sup> Párr. 219.

En este sentido, con carácter general el frecuente recurso por parte del TEDH al citado art. 31.3.c) de la CVDT, supone que este órgano jurisdiccional reconoce bien a las claras que el sistema de protección de los DH establecido por el CEDH no constituye un “self-contained regime”<sup>101</sup>. El Tribunal de Estrasburgo se esfuerza por interpretar y aplicar los derechos recogidos en la CEDH en el sentido de que su jurisprudencia permita a los Estados el cumplimiento de todas sus obligaciones internacionales. El TEDH aplica lo que se ha denominado como “principio de armonización”, reconocido por el propio órgano jurisdiccional del siguiente modo:

“When creating new international obligations, States are assumed not to derogate from their previous obligations. Where a number of apparently contradictory instruments are simultaneously applicable, international case-law and academic opinion endeavour to construe them in such a way as to coordinate their effects and avoid any opposition between them. Two diverging commitments must therefore be harmonised as far as possible so that they produce effects that are fully in accordance with existing law”<sup>102</sup>.

Por esta vía, el TEDH justifica la interpretación de una disposición del CEDH -en este caso el art. 6.1— buscando un resultado que sea coherente con otras normas del DI que también vinculan a los Estados partes en el Convenio de Roma. Con lo que trata de asegurar que el desarrollo del sistema de protección de los derechos humanos establecido por el CEDH se lleva a cabo de forma lo más armoniosa y coherente que sea posible con el resto de normas del Ordenamiento internacional, del que no deja de ser un subsistema normativo de ámbito regional. En esta misma dirección, conviene destacar que a lo largo de esta Sentencia la Gran Sala cita en varias ocasiones la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia como apoyo para su iter argumental; lo cual merece una valoración positiva, ya que así se procura una interpretación del DI que garantice la unidad del ordenamiento jurídico internacional y evite cualquier riesgo de fragmentación

---

<sup>101</sup> Véanse RACHOVITSA, A., “Fragmentation of International Law Revisited: Insights, Good Practices, and Lessons to be Learned from the Case of the European Court of Human Rights”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 28, 2015, pp. 863-885; RIETIKER, D., “The Principle of ‘Effectiveness’ in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Its Different Dimensions and Its Consistency with Public International Law -No Need for the Concept of Treaty *Sui Generis*”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 79, 2010, pp. 245-277.

<sup>102</sup> *Nada v. Switzerland*, Sentencia de la Gran Sala de 12 de septiembre de 2012 (App. 10593/08) (ECLI:CE:ECHR:2012:0912JUD001059308), párr. 170. En la doctrina, véase WILDHABER, L.; HJARTARSON, A., y DONNELLY, S., “No consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Journal*, vol. 33, 2013, 248-263, pp. 254-255.



del mismo a través de su aplicación por las distintas jurisdicciones internacionales que en la actualidad desarrollan su labor<sup>103</sup>.

Siempre desde esta óptica general y teniendo en cuenta el estudio de la práctica internacional que se lleva a cabo en *Nait-Liman*, se debe aceptar la conclusión a la que se llega en este caso: el TEDH, su Gran Sala, ha dejado bien claro que el art. 6.1 del CEDH, a la luz del DI en vigor, no obliga a que sus Estados partes apliquen ni el foro de necesidad ni la jurisdicción civil universal ante demandas extraterritoriales relativas a la vulneración grave de los DH atribuible a los órganos de un tercer Estado, ni siquiera en el supuesto de la vulneración de normas de *ius cogens*, como lo es la prohibición de la tortura<sup>104</sup>.

En este caso, aunque el demandante no se lo había pedido, al menos explícitamente, el Tribunal de Estrasburgo ha aprovechado la ocasión para pronunciarse sobre la inexistencia de normas en DI consuetudinario o convencional, que regulen la obligación de los Estados parte en el CEDH de establecer en sus ordenamientos internos la jurisdicción civil universal -y el foro de necesidad--, como vía judicial para que las víctimas de actos de tortura cometidos en terceros Estados a manos de órganos de Estados extranjeros puedan obtener una reparación. Se debe reconocer que aunque se trate de nociones que conceptualmente mantienen su autonomía, a la hora de regular en concreto su contenido y alcance ambos títulos competenciales de jurisdicción civil

---

<sup>103</sup> En concreto en los párrs. 71 y 99 -*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*--, 99 -*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*--, 135 -*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*-- y 192 -*Case of Maritime Delimitation and Territorial questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility*--.

<sup>104</sup> Si bien, al mismo tiempo se debe interpretar que como es obvio esta Sentencia no excluye o prohíbe que los Estados partes en el CEDH dispongan de la facultad de regular la jurisdicción civil universal o el foro de necesidad en sus ordenamientos internos con relación a tales demandas extraterritoriales. Como ya se mantuvo en la jurisprudencia dictada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Lotus*, Sentencia de 7 de septiembre de 1927, en el sentido de que "It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law. Such a view would only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as an exception to this general prohibition, it allowed States to do so in certain specific cases. But this is certainly not the case under international law as it stands at present. Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion, which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable": *Publications, Série A*. n. 10, párr. 46. En la doctrina, véase, BONAFÉ, B.I., "La Corte Europea dei Diritti dell'uomo e la giurisdizione universale in materia civile", *Rivista*, vol. XCIX, 2016, pp. 1100-1122, pp. 1121-1122.

pueden resultar muy próximos<sup>105</sup>. La Jurisprudencia del TEDH sobre este tema, sin perjuicio de que en su caso en los próximos años continúe el debate doctrinal y político en el ámbito de la *lege ferenda*, puede aportar seguridad jurídica y facilitar la labor de los tribunales nacionales a la hora de dar respuesta a este tipo de demandas civiles por vulneraciones de los DH de carácter extraterritorial cometidas por los órganos de Estados extranjeros, como se plantea en *Naït-Liman*. A este respecto, se debe tener en cuenta el efecto *erga omnes* de las Sentencias del TEDH<sup>106</sup>.

Cabe añadir, además, que en el supuesto de demandas como la presentada en *Naït-Liman*, contra Estados extranjeros y sus órganos en activo, si los tribunales internos se hubieran declarado competentes, a buen seguro el éxito de la demanda se hubiera enfrentado con las normas del DI general que regulan la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero y sus órganos<sup>107</sup>. Es conocida la jurisprudencia del TEDH, en concreto en los casos *Al-Adsani*<sup>108</sup> y más recientemente en *Jones*<sup>109</sup>, en la que se reconoce que de conformidad con el DI en vigor, el reconocimiento de la inmunidad

---

<sup>105</sup> Como se ha señalado, "... *forum necessitatis* in senso estensivo e giurisdizione universales in senso restrittivo finiscono per palesarsi quali nozioni essenzialmente coincidenti": PAVONI, R. "Giurisdizione civile universale per atti di tortura e diritto di accesso al giudice: la sentenza della grande camera della Corte europea dei diritti umani nel caso *Naït-Liman*", *Rivista*, 2018, pp. 888-896, p. 890.

<sup>106</sup> No obstante lo dispuesto en el art. 46.1 -en el que se prevé que los Estados partes "se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes"--, de conformidad con el principio de la *res interpretata* que subyace en los arts. 1, 19 y 32 del CEDH, en la práctica las Sentencias del TEDH despliegan un efecto *erga omnes*, por lo que, "the contracting States have a legal obligation under international law to take the Court's case law into account when performing their treaty obligations under the Convention, irrespective of whether they were parties to the relevant cases": ARNARDÓTTIR, O.M., "Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights", *EJIL*, vol. 28, 2017, 819-843, p. 827.

<sup>107</sup> Según la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, adoptada por la Asamblea General mediante la Resolución 59/38 de 2 de diciembre de 2004, la sumisión del litigio a un tribunal competente, se presenta como un requisito previo al planteamiento de la cuestión de la inmunidad de jurisdicción, como así lo demuestra el inicio de casi todos los artículos de la Tercera parte de la Convención (arts. 11, 12...), que comienzan con la siguiente fórmula: "... ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, *por lo demás competente*, en un proceso relativo a..." (cursiva añadida). Por tanto, para que un tribunal pueda decidir en un proceso que afecta a un Estado extranjero si acepta o rechaza su inmunidad de jurisdicción y/o de ejecución, el tribunal debe ser en primer lugar competente. Por lo general la Convención de 2004 no se ocupa de determinar la competencia de los tribunales internos, por lo que se impone la necesaria remisión a las normas de DI, público y privado, en la materia, que serán aplicadas por cada Estado en su ordenamiento interno.

<sup>108</sup> Sentencia de la Gran Sala de 21 de noviembre de 2001 (app. 35763/97) (ECLI:CE:ECHR:2001:1121JUD003576397).

<sup>109</sup> Sentencia de 14 de enero de 2014 (app. 34356/06 y 40528/06) (ECLI:CE:ECHR:2014:0114JUD003435606). Conviene añadir que Reino Unido presentó observaciones ante el TEDH en *Naït-Liman*, para defender la solución adoptada por la Sala en su Sentencia de 2016 en este caso, así como la jurisprudencia mantenida por el TEDH en *Jones*: párrs. 157-160 de la Sentencia de la Gran Sala.

de jurisdicción en favor de Estados extranjeros y de sus órganos ante demandas civiles relativas a la violación de los DH cometidas por los órganos de tales Estados en su propio territorio, no supone la contravención del art. 6.1 del CEDH. En *Nait-Liman* el TEDH advierte que no se ocupa de la inmunidad de jurisdicción, ya que el Tribunal Federal Supremo ha decidido que carece de jurisdicción, y ha dejado de lado esta cuestión<sup>110</sup>. Si se tiene en cuenta la mencionada jurisprudencia, es muy probable que de haberse planteado esta cuestión, el TEDH habría confirmado su jurisprudencia en el sentido de aceptar que el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción en este caso no vulnera el art. 6.1 del CEDH. Por tanto, por lo que se refiere a las demandas civiles presentadas contra Estados extranjeros y sus órganos por violaciones de los DH cometidas en el extranjero, aunque los tribunales suizos fueran competentes, todo apunta a que hubieran sido rechazadas, en virtud de la inmunidad de jurisdicción de que disfrutaban los Estados extranjeros y sus órganos ante los tribunales del Estado del foro respecto de este tipo de demandas de carácter extraterritorial<sup>111</sup>.

## 2. Algunas propuestas de lege ferenda

Pero al mismo tiempo con esta Sentencia el TEDH, extralimitándose de las funciones que le corresponden y seguramente con el objetivo de curar su mala conciencia, se permite formular algunas consideraciones, a modo de *obiter dictum*, dirigidas a que los Estados se esfuercen por ofrecer a las víctimas de tortura vías judiciales que les garanticen una reparación por los daños sufridos. La Gran Sala concluye su argumentación con el deseo de que, aunque en este caso no se haya vulnerado el art. 6.1 de la CEDH, en el futuro se produzcan desarrollos que aseguren la efectiva aplicación del derecho a una compensación para las víctimas de actos de tortura. Invita a los Estados partes en el CEDH a que protagonicen tales desarrollos, aunque sin concretar cuál debe ser su contenido y alcance<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> Párrs. 98-99. Como se ha señalado en nota supra 6, dada la falta de jurisdicción de los tribunales suizos, en su decisión de 2007 el Tribunal Federal Supremo rechaza el recurso presentado, y considera que no es necesario entrar a examinar si los demandantes tienen derecho a la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales suizos.

<sup>111</sup> Véase FERRER LLORET, J., "La inmunidad de jurisdicción del Estado ante el TEDH...", *loc. cit.*, pp. 22-30.

<sup>112</sup> Párr. 220. "Nonetheless, given the dynamic nature of this area, the Court does not rule out the possibility of developments in the future. Accordingly, and although it concludes that there has been no violation of Article 6 § 1 in the present case, the Court invites the States Parties to the Convention to take account in their legal orders of any developments facilitating effective implementation of the right to compensation for acts of torture, while assessing carefully any claim of this nature so as to identify, where appropriate, the elements which would oblige their courts to assume jurisdiction to examine it".

Cabe poner en duda que un órgano jurisdiccional internacional deba asumir la función de solicitar a los Estados sobre los que ejerce su competencia que desarrollen o más bien modifiquen las normas del DI en vigor. Aunque la propuesta se formule sin dotarla de ninguna precisión. Por supuesto, en este ámbito se pueden hacer propuestas de *lege ferenda*, como se han defendido en el contexto del debate abierto durante las últimas décadas sobre el papel que puede jugar la jurisdicción civil universal -y/o el foro de necesidad-- como respuesta frente a violaciones graves de los DH. Con carácter general conviene que tales propuestas procuren ser realistas y viables, en cuanto que su efectiva implantación sea en alguna medida previsible, sobre todo gracias a que sean bien recibidas por los legisladores principales del DI, los Estados. Al hilo del análisis de la jurisprudencia del TEDH que se ha llevado a cabo a lo largo de este trabajo, de forma muy sumaria se pueden hacer algunas consideraciones y propuestas al respecto.

A la vista de las dificultades de todo tipo a las que se ha enfrentado su aplicación y en última instancia de por lo general los escasos resultados prácticos obtenidos desde la perspectiva de la obtención de una reparación para las víctimas de las violaciones de los DH; no parece que el modelo de jurisdicción civil universal en favor de las víctimas de actos de tortura aplicado en Estados Unidos deba ser importado por los Estados europeos, y mucho menos de forma unilateral por cada Estado a través de su normativa y jurisprudencia internas<sup>113</sup>. A este respecto, resultan muy defendibles, en conjunto y con carácter general, los argumentos que de forma sucinta ofrece el TEDH en *Nait-Liman*, para sustentar la existencia de fines legítimos que justifican la restricción a la aplicación del art. 6.1 que protagonizan las autoridades suizas, comentados *supra* en el epígrafe II.

En esta dirección, se puede predecir cuál sería la postura jurídica, a buen seguro de rechazo frontal, que mantendrían la gran mayoría de los gobiernos de terceros Estados ante la actuación extraterritorial de los tribunales europeos<sup>114</sup>. Por ejemplo, incluso el

---

<sup>113</sup> La propia Gran Sala advierte en referencia a la práctica legislativa y judicial de Estados Unidos que "... it seems that about 80% of the cases brought under those two Acts have been dismissed on various grounds, such as the 'act of State' doctrine, sovereign immunity or the forum non conveniens doctrine", citando a NOWAK, M. y MCARTHUR, E., *The United Nations Convention against Torture: A Commentary*, Oxford, 2008, p. 494. Y a continuación insiste en la presunción en contra de la extraterritorialidad que aplicó el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el citado asunto *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, resuelto mediante Sentencia de 13 de abril de 2013: párr. 78. En la doctrina más reciente, véase la valoración cargada de escepticismo que de la práctica legislativa y judicial estadounidense ofrece CADIN, R., "Di pirati e multinazioni: l'Alien Tort Statute e la tutela extraterritoriale dei diritti umani da parte della giurisprudenza civile degli Stati Uniti", *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, pp. 435-456.

<sup>114</sup> Además, se debería evitar una perspectiva eurocéntrica a la hora de defender la jurisdicción civil universal -y/o el foro de necesidad-- como respuesta judicial ante las violaciones de los DH cometidas en terceros Estados. Los Estados en vías de desarrollo de África o de Asia también podrían establecer la jurisdicción civil universal de sus tribunales para que sean competentes respecto de las violaciones de los DH perpetradas por ejemplo en el contexto de los conflictos por los que atraviesan Estados fracasados en los que durante las últimas décadas han estado presentes efectivos militares y policiales de Estados europeos (Irak, Siria, Libia, Afganistán,

Gobierno de Estados Unidos y no obstante su propia legislación interna al respecto, es muy probable --por no decir absolutamente previsible--, que se manifestaría en contra de la actuación extraterritorial de los tribunales internos de los Estados europeos, si estos se declararan competentes para enjuiciar demandas civiles presentadas contra el propio Estado o sus órganos o personas físicas o jurídicas de nacionalidad estadounidense, por haber cometido violaciones graves de los DH, ya sea en el territorio de Estados Unidos, ya sea incluso en el territorio de terceros Estados. Basta señalar en esta dirección, que *supra* ya se ha hecho referencia a la reserva formulada por Estados Unidos, con la que se opone a que el art. 14 de la Convención contra la Tortura de 1984 se aplique extraterritorialmente por parte de los tribunales internos de cualquier Estado parte en este convenio.

Más en concreto, si se regulara la jurisdicción civil universal de los tribunales españoles --o incluso una versión algo más restrictiva de competencia civil internacional en forma de foro de necesidad, con la que se exigiera algún tipo de vínculo de conexión para que los tribunales españoles pudieran ejercer su jurisdicción--, España se podría convertir en el foro judicial al que podrían acudir las víctimas de las violaciones graves de los DH habidas en cualquier Estado de todo el mundo, 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 o a las personas físicas o jurídicas responsables de las mismas<sup>115</sup>. Desde luego, ni el DI en

---

Somalia, Mali...); o en el marco de las actividades de control de los flujos migratorios llevadas a cabo por parte de los Estados europeos en sus fronteras o en espacios de interés internacional - alta mar--... Con toda seguridad, en tales supuestos los Estados europeos se mostrarían contrarios a la actuación de los tribunales internos de terceros Estados.

<sup>115</sup> En la doctrina española, tomando como referencia los trabajos del IDI que dieron lugar a la citada Resolución adoptada en la Sesión de Tallin en 2015, se han defendido propuestas *de lege ferenda*, en el sentido de propugnar la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de las demandas civiles presentadas por particulares víctimas de violaciones de los DH cometidas en el territorio de terceros Estados y negar la inmunidad de jurisdicción de tales Estados ante los tribunales españoles para que los particulares puedan obtener una reparación: véase, *inter alia*, la propuesta dirigida a regular un “foro de necesidad” en el Derecho español que permita la competencia civil de nuestros tribunales cuando no exista otro Estado que tenga vínculos más estrechos con el litigio --en razón de los vínculos con las víctimas y los demandados, así como de los hechos y circunstancias pertinentes-- o si en los Estados que tengan tales vínculos las víctimas no tienen recursos disponibles, de BORRÁS, A., “Inmunidad...”, *loc. cit.*, 59-77. Con anterioridad, a favor de regular el “foro de necesidad” en el ordenamiento interno español para dotar de jurisdicción a los tribunales españoles en el ámbito de la “human rights litigation”, se pronunciaba REQUEJO ISIDRO, M., *Violaciones graves...*, *op. cit.*, pp. 181 y ss., y p. 186, en la que afirma lo siguiente: “nuestra opinión es que la denegación de justicia comprobada exige la apertura de un foro en España, dada una mínima relación del supuesto con nuestro país: donde ‘mínima’ significa nacionalidad de una de las partes, su domicilio o residencia actuales con independencia de la que tuvieron al tiempo de los hechos; también debe ser considerado suficiente el hecho de ser refugiado o asilado en nuestro país”. Más recientemente, sobre la problemática que presenta la posible aplicación del foro de necesidad regulado en el citado art. 22 octies 3 de la LOPJ introducido por la LO 7/2015 (BOE de 22 de julio de 2015), con relación a demandas presentadas contra multinacionales por violaciones de DH, véase MUÑOZ FERNÁNDEZ, A.,

vigor, ni el derecho comparado en el ámbito regional europeo, sustentan propuestas con este ámbito de aplicación tan amplio, como así lo ha confirmado el TEDH en *Nait-Liman*.

Como deja entrever el propio Tribunal de Estrasburgo en su Sentencia, como mejor opción se puede abogar para que se vincule la jurisdicción civil universal a la jurisdicción penal universal. Como ya se ha citado, para el TEDH, “It is therefore natural and legitimate for the States to accept more easily such a procedure, namely joining the proceedings as a civil party, without however recognising universal jurisdiction in the context of autonomous civil proceedings”<sup>116</sup>. Es decir, cabe defender que los Estados se obliguen a que a la hora de ejercer su jurisdicción penal extraterritorial sobre los autores de violaciones graves de los DH, esta lleve aparejada la responsabilidad civil, en el contexto de las garantías que ofrece el procedimiento penal seguido contra ellos; por tanto, que la acción civil se acumule a la penal; en terminología anglosajona, como *ancillary* de la acción penal<sup>117</sup>. En esta dirección, lleva razón la Gran Sala cuando afirma que “... the possibility of joining a compensation claim to ongoing criminal proceedings presents fewer practical difficulties, given that such a claim can rely on the advantages inherent in the criminal proceedings, such as the institution and pursuit of the proceedings, of its own motion, by the competent prosecuting authority, or de centralised establishment and assessment of the facts and evidence as part of the investigation carried out by that authority”<sup>118</sup>.

---

“Tutela judicial efectiva y foro de necesidad: su aplicación a acciones contra multinacionales por violaciones de derechos humanos”, en FERNÁNDEZ LIESA, C.R., y LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E. (dirs.), *Empresas y Derechos Humanos*, Pamplona, 2018, pp. 109-139.

<sup>116</sup> Párr. 185 (cursiva añadida). De forma sumaria se refiere a la práctica legislativa y judicial de Bélgica, España, Francia e Irlanda (párrs. 80-83).

<sup>117</sup> Sobre el debate en este ámbito, véase la citada Ponencia de BUCHER, párrs. 165-169, quien entre otras consideraciones dirigidas a defender la jurisdicción civil universal como vía autónoma para la reparación de violaciones graves de los DH, advierte que “..., la liberté dans l’appréciation des preuves présentées et les exigences quant à la pertinence des moyens de preuve ne sont pas le mêmes, au pénal et au civil”. Con anterioridad, REQUEJO ISIDRO, M., *Violaciones graves...*, *op. cit.*, pp. 153 y ss. Más recientemente, desde la perspectiva de la responsabilidad internacional de las empresas transnacionales, AUGENSTEIN, D., y JÄGERS, N., “Judicial remedies. The issue of jurisdiction”, en ÁLVAREZ RUBIO, J.J. y YIANNIBAS, Y. (eds.), *Human Rights in Business: Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, Londres, 2017, pp. 7-37, pp. 34-36; y en sentido muy crítico con relación al ejercicio de la jurisdicción civil universal por los tribunales estadounidenses en contraposición al ejercicio de la jurisdicción penal universal, WALLACH, D., “The Irrationality of Universal Civil Jurisdiction”, *Georgetown Journal of International Law*, vol. 46, 2015, pp. 803-835. También ROPER, S.D., “Applying Universal Jurisdiction to Civil Cases: Variations in State Approaches to Monetizing Human Rights Violations”, *Global Governance*, n. 24, 2018, pp. 103-118, pp. 113-114.

<sup>118</sup> Párr. 185. En opinión de BENVENUTTI, E., “Quale tutela del Diritto di accesso alla giustizia civile per le vittime di gravi violazioni dei diritti umani? Riflessioni a margine della decisione della Grande Camera della Corte Europea nel caso *Nait-Liman*”, *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, pp. 322-332, p. 328, “... la corte europea avrebbe forse potuto valorizzare... le interconnessioni esistenti fra le istanze repressive (della giurisdizione universale penale) e quelle di riparazione (della giurisdizione universale civile). In questo modo avrebbe contribuito alla

Ahora bien, la jurisdicción penal universal, y por ende la jurisdicción civil universal que debe acompañarla, no se deben concebir de forma absoluta o incondicionada. De hecho, por ejemplo, y con relación a la jurisprudencia del TEDH objeto de análisis en este trabajo, la vigente Convención contra la tortura de 1984 no la establece con este alcance. En su art. 5 se prevén los diversos supuestos en los que los Estados parte deben ejercer su jurisdicción penal; a saber: a) si los delitos de tortura se cometen en el territorio del Estado parte; b) cuando sean cometidos por nacionales de ese Estado; c) cuando la víctima sea nacional de ese Estado y “este lo considere apropiado”; y d) cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no lo extradite a otro Estado. La misma solución se asume en tratados internacionales más recientes, como por ejemplo en el art. 9 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 20 de diciembre de 2006<sup>119</sup>.

Conviene traer a colación que las reformas legislativas que en los últimos años se han promulgado en los Estados en los que se regulaba la jurisdicción penal universal de forma absoluta o incondicionada para los crímenes internacionales más graves (genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, torturas, desaparición forzada...), han restringido de forma muy notable la posibilidad de que los tribunales del Estado del foro puedan juzgar penalmente las vulneraciones graves de los DH cometidos en otros Estados<sup>120</sup>. Son conocidas las fuertes restricciones que en España han

---

formazione di una nozione condizionata di giurisdizione universale civile, innalzando il livello della tutela giurisdizionale effettiva per le vittime di crimini internazionale”.

<sup>119</sup> BOE de 18 de febrero de 2011. El citado art. 9 reza del siguiente modo: “Artículo 9. 1. Cada Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada en los siguientes casos: a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; b) Cuando el presunto autor del delito sea nacional de ese Estado; c) Cuando la persona desaparecida sea nacional de ese Estado y este lo considere apropiado. 2. Cada Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada en los casos en que el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, salvo que dicho Estado lo extradite o lo entregue a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o lo transfiera a una jurisdicción penal internacional cuya competencia haya reconocido. 3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal adicional ejercida de conformidad con las leyes nacionales”.

<sup>120</sup> Para un resumen del Derecho comparado en este ámbito, con referencias a la práctica legislativa y judicial de Bélgica, Francia, Reino Unido, Alemania, Canadá, Sudáfrica, Nueva Zelanda y Australia, véase SÁNCHEZ LEGIDO, A., “El fin del modelo español de jurisdicción universal”, *REEL*, vol. 27, 2014, pp. 1-40, pp. 14 y ss. Con anterioridad, para un análisis más amplio véase PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España*, Barcelona, 2009, pp. 33 y ss. Con posterioridad, VALLEJO PEÑA, C., *El estado de la jurisdicción universal en el Derecho internacional y en el Derecho interno español*, Valencia, 2016, pp. 200 y ss. Para una valoración de conjunto, que tiene en cuenta la práctica en China y África, véase ROBLES CARRILLO, M., “El principio de jurisdicción universal: estado actual y perspectivas de evolución”, *REDI*, vol. LXVI, 2014, pp. 81—111, pp. 98 y ss. Muy recientemente, la Comisión de Derecho Internacional ha decidido incluir el tema de la “jurisdicción penal universal” dentro de su programa de trabajo y para adoptar esa decisión ha encargado un resumen sobre este tema a uno de sus miembros, CHERNOR-JALLOH, que puede ser consultado en su *Informe a la Asamblea General sobre su 70º período de sesiones*, A/73/10, pp. 337-356, y p. 348 en la que concluye del siguiente

afectado a la jurisdicción penal universal durante las últimas legislaturas<sup>121</sup>, objeto de un prolongado debate doctrinal que no es posible abordar en esta sede con el detenimiento que se merece<sup>122</sup>.

Si bien, se puede señalar que, entre otros aspectos de estas reformas, resulta criticable que en la actual redacción del vigente art. 23.4 de la LOPJ, producto de la llevada a cabo en 2014, se exija la condición de que para poder 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*<sup>123</sup>. Esta última condición (unida a la exigencia de que tales delitos sólo 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 en un elevadísimo porcentaje el posible 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<sup>124</sup>.

---

modo: "..., se propone que parte de la respuesta al dilema de la jurisdicción universal consista en asistir a los Estados para encontrar los principios que puedan ayudarlos a equilibrar mejor los imperativos de la soberanía, por una parte, y la lucha contra la impunidad, por otra"; para lo que propone elaborar un proyecto de directrices o un proyecto de conclusiones sobre el alcance y la aplicación del principio de la jurisdicción penal universal.

<sup>121</sup> A través de la LO 1/2009 (BOE de 4 de noviembre de 2009), y la LO 1/2014 (BOE de 14 de marzo de 2014).

<sup>122</sup> Véase en la doctrina española más reciente, ORIHUELA CALATAYUD, E., *La jurisdicción universal en España*, Murcia, 2016, pp. 23 y ss.; SÁNCHEZ LEGIDO, A., "El fin...", *loc. cit.*, pp. 1-40; VALLEJO PEÑA, C., *El estado...*, *op. cit.*, pp. 270 y ss.; y el Ágora dedicado por el SYIL, vol. 18 (2013-2014), con contribuciones de ABAD CASTELOS, M.; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.; BOLLO AROCENA, M.D.; PÉREZ GONZÁLEZ, C.; y ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.

<sup>123</sup> El tenor literal del art. 23.4.a) atribuye competencia a los tribunales españoles para conocer de los hechos cometidos fuera del territorio nacional cuando sean susceptible de tipificarse de: "Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, *siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas*" (cursiva añadida).

<sup>124</sup> También debe ser objeto de crítica que en los supuestos de los delitos de tortura y de desaparición forzada, en la vigente LOPJ ( art. 23.4,b) y c]), se exija que se cumpla uno de los dos siguientes vínculos de conexión: que el procedimiento se dirija contra un español; o la víctima fuera española y el presunto delincuente se encuentre en territorio español. Como se acaba de citar, tanto la Convención contra la Tortura de 1984, como la Convención contra las desapariciones forzadas de 2006, obligan a ejercer la jurisdicción penal cuando el presunto autor se encuentre en el territorio del Estado parte, salvo que lo extradite a otro Estado o lo transfiera a una jurisdicción penal internacional; sin que la jurisdicción penal se pueda supeditar, además, a que la víctima sea nacional de ese Estado, como así lo ha decidido el legislador español; lo que podría poner en duda el cumplimiento de las obligaciones internacionales convencionales asumidas por España. Si bien, con el objetivo de asegurar el cumplimiento de las mismas, se debe considerar que las normas convencionales priman sobre lo dispuesto en la normativa interna española y que en todo caso esta última se debe interpretar en un sentido que permita su conformidad con aquellas; como así



Resulta preferible la vuelta a las soluciones que se asumieron con la reforma de 2009<sup>125</sup>. En la versión del art. 23.4 de la LOPJ de entonces, la jurisdicción penal universal de los tribunales españoles se condicionaba a que los *presuntos responsables se encuentren en España, haya víctimas de nacionalidad española*, o se constate “algún vínculo de conexión relevante con España”. Pero en vez de hacer uso de este último concepto jurídico indeterminado, se puede considerar mejor opción en aras de la seguridad jurídica --nada menos que en un ámbito en el que está en juego la aplicación de normas penales-- que el legislador concrete tales “vínculos de conexión relevante”. En este sentido, se debería sustituir esta última expresión por los dos siguientes vínculos de conexión --que se deberían añadir a los dos ya mencionados--: *que la víctima sea residente habitual en España en el momento de cometerse los hechos; o que el procedimiento se dirija contra un español*. Con el cumplimiento de alguno de estos cuatro supuestos se podría asegurar la competencia penal -y asociada a esta última también civil— extraterritorial de los tribunales españoles respecto de vulneraciones graves de los DH cometidas en el extranjero que presenten, utilizando la terminología aplicada por la citada normativa suiza para regular el foro de necesidad, suficiente vínculo de conexión con España<sup>126</sup>.

---

se prevé en la cláusula general regulada en el art. 23.4.p) de la LOPJ, según la cual los tribunales penales españoles son competentes para conocer de “cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos”. Por tanto, no obstante lo dispuesto en el citado art. 23.4,b) y c), en cumplimiento de las obligaciones internacionales convencionales asumidas por España, los tribunales españoles son competentes para enjuiciar a los presuntos autores de torturas o de desapariciones forzadas que se encuentren en territorio español, sin que sea necesario también que las víctimas de tales violaciones de los DH sean de nacionalidad española; salvo que los presuntos autores sean extraditados a otro Estado o transferidos ante una jurisdicción penal internacional.

<sup>125</sup> A través de la citada LO 1/2009 (BOE de 4 de noviembre de 2009). En opinión de ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Universal Jurisdiction in Spain: Substantial Change of Model or Implied Repeal?”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 18 (2013-2014), 255-265, p. 259, la reforma de 2009 -junto con la de 2003 que tuvo lugar con motivo de la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional-- merece una valoración en términos generales positiva, citando a este respecto más de una docena de procedimientos iniciados ante la Audiencia Nacional en aplicación del principio de jurisdicción penal universal en la versión de la LOPJ producto de la citada reforma de 2009. Véase también en esta misma dirección, FERRER LLORET, J., “The Principle of Universal Criminal Jurisdiction in Spanish Practice (2003-2009)”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 15 (2009), pp. 63-105.

<sup>126</sup> No es posible abordar en esta sede con la extensión que se merece la problemática que presenta la responsabilidad penal y civil extraterritorial de las *empresas transnacionales* por la vulneración grave de los DH. Pero siguiendo el mismo esquema, es decir, que se vincule la responsabilidad civil de las empresas transnacionales a la jurisdicción penal universal respecto de las conductas delictivas de las que puedan ser responsables; se puede apuntar que el vínculo de conexión que se debería exigir para que los tribunales españoles fueran competentes para hacer efectiva la responsabilidad penal -y por ende la civil-- de empresas transnacionales --y en general de cualquier persona jurídica-- por violaciones graves de los DH cometidas en el extranjero -como es obvio debidamente tipificadas en el Código penal--, debería consistir en que los hechos fueran cometidos por el directivo, administrador de hecho o de derecho, empleado o colaborador de una

Como ya se ha defendido, de darse tales vínculos de conexión, es en el marco del ejercicio de la jurisdicción penal universal donde también debería hacerse efectiva la responsabilidad civil, asociada al procedimiento penal<sup>127</sup>, como así apunta el propio TEDH en *Nait-Liman* con carácter general.

El legislador español no debería ir más allá de esta propuesta, al menos de forma unilateral a través de su normativa y tribunales internos, hasta el punto de volver a la jurisdicción penal universal absoluta o carente de toda condición o exigencia de vínculo para su aplicación<sup>128</sup>, como se contemplaba en la versión del art. 23.4 de la LOPJ adoptada en 1985<sup>129</sup> y según confirmó el TC en su Sentencia 237/05, de 26 de septiembre. Ni tampoco debería establecer como procedimiento judicial desgajado de la responsabilidad penal, la jurisdicción civil universal -o una fórmula algo más restringida en forma de foro de necesidad-- de los tribunales españoles frente a violaciones graves de los DH cometidas en el extranjero.

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 Estado miembro y por la vía de la celebración de los correspondientes instrumentos convencionales. Desde luego, es preferible que los desarrollos que de forma más bien indeterminada propugna el TEDH en *Nait-Liman* se lleven a cabo por la

---

empresa, sociedad, asociación, fundación u organización que tuvieran su *sede o domicilio social en España, o que la víctima fuera nacional de España o residente habitual en España en el momento de cometerse los hechos.*

<sup>127</sup> En el caso más importante hasta la fecha en el que los tribunales españoles han dictado Sentencia relativa a la vulneración grave de los derechos humanos cometida en un tercer Estado, no se solicitó la responsabilidad civil: se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo 798/2007 de 1 de octubre de 2007, con la que se condena al antiguo militar argentino A. Scilingo a un total 1084 años de prisión por haber cometido crímenes contra la humanidad durante la dictadura argentina.

<sup>128</sup> Según la información que ofrece el Gobierno español, a finales de agosto de 2018, la Ministra de Justicia, Dolores Delgado, ha presidido la reunión constitutiva de un consejo asesor integrado por juristas cuyo objetivo es proponer al Ministerio cuáles son los criterios que deben regir la reforma de la LOPJ que permita “la recuperación de la jurisdicción universal de los tribunales españoles”. Siempre según la información que se proporciona desde Moncloa, dicho consejo asesor está integrado por la Ministra como presidenta, el Secretario de Estado de Justicia, Manuel Dolz, en calidad de vicepresidente, y los siguientes juristas: José Ricardo de Prada Solares, magistrado de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional desde 1990 y actual juez internacional del Mecanismo Residual para Tribunales Internacionales; Manuel Ollé Sesé, profesor de Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid [sic] (en realidad, al menos durante el curso académico 2018-2019 ejerce como profesor asociado en el área de Derecho penal de esta misma universidad: <https://www.ucm.es/derechoprocesalyderechopenal/horario-y-tutorias-1>) y miembro del Groupe d'Action Judiciaire de la Federación Internacional de Derechos Humanos; Manuel Miguel Vergara Céspedes, profesor de Derecho Penal en el Instituto de Empresa, asesor de la Fundación Internacional Baltasar Garzón (FIGBAR) y colaborador del Tribunal Penal Internacional; y Hernán Hormazábal Malarée, catedrático de Derecho Penal y presidente de la Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDH): <http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2018/280818-consejoasesor.aspx>. Desde luego, se echa en falta que entre los integrantes de este consejo asesor no se haya incluido a ningún profesor a tiempo completo de DI.

<sup>129</sup> BOE de 2 de julio de 1985.

vía institucional y concertada. En concreto, por ejemplo a través del correspondiente protocolo a la citada Convención contra la Tortura de 1984, con el que se amplíen los supuestos en los que los Estados partes estén obligados al ejercicio de la jurisdicción penal universal y también --como asociada o de forma autónoma-- la jurisdicción civil universal. Pero a fecha de hoy, a la vista del pobre balance de resultados que durante las dos últimas décadas presenta la jurisdicción civil universal como respuesta ante violaciones graves de los DH cometidas en terceros Estados, no parece en absoluto probable que los 164 Estados partes en este Convenio, o al menos una amplia mayoría de ellos, se vayan a poner de acuerdo para adoptar y posteriormente ratificar un Protocolo a la Convención de 1984 con el que se obliguen a aplicar la jurisdicción civil universal -o el foro de necesidad-. Por ejemplo, con el amplísimo alcance extraterritorial que se propone en la citada Resolución del IDI adoptada en 2015 en su sesión de Tallin, como se ha señalado gracias a la labor del Ponente Bucher y de los miembros de la 1ª Comisión del IDI, en su gran mayoría especialistas en DI privado<sup>130</sup>.

Por lo que se refiere al ámbito regional europeo, cabría también plantear la posible adopción de un protocolo al CEDH con el que los Estados europeos se obligaran a hacer efectiva ante sus tribunales internos la jurisdicción civil universal respecto de violaciones graves de los DH. Aunque se debería dar respuesta a muchos interrogantes para poder articular una propuesta con este alcance. Entre otros, si la jurisdicción civil universal se debería circunscribir a las violaciones graves de los DH perpetradas por los Estados partes en dicho Protocolo, o también respecto de las que sean responsabilidad de cualquier Estado europeo o incluso de cualquier Estado de otras latitudes geográficas<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup> Se debe destacar que mientras en la citada Resolución del IDI de 2015 se contempla la jurisdicción civil universal con una más que considerable amplitud; en la Resolución aprobada por el IDI en su sesión de Cracovia -2005— titulada “Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes” --fruto del trabajo desarrollado por el Ponente Tomuschat y los miembros de la Decimoséptima Comisión, entre los que predominan *los especialistas en DI público--*, se supedita el ejercicio de la jurisdicción penal universal, más allá de la realización de diligencias de instrucción y la presentación de demandas de extradición, a que *el presunto responsable se encuentre en el territorio del Estado cuyos tribunales ejercen dicha jurisdicción*. Además, en la Resolución de 2005 se prevé que el Estado en cuyo territorio se encuentre el presunto responsable, antes de iniciar un procedimiento basado en la jurisdicción penal universal, le plantee al Estado en cuyo territorio se cometió el crimen o del que es nacional el presunto responsable, si está dispuesto a enjuiciarlo penalmente a través de sus tribunales internos; salvo que sea manifiesto que en tales Estados no se pueden o no se quieren iniciar los procedimientos penales; asimismo, se deberá tener en cuenta la competencia de los tribunales penales internacionales. También conviene señalar que en esta Resolución de 2005 se incluye una cláusula final según la cual todas las disposiciones anteriores son *sin perjuicio de las inmunidades establecidas por el DI*: se puede consultar en [http://www.idi-il.org/app/uploads/2017/06/2005\\_kra\\_03\\_fr.pdf](http://www.idi-il.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_03_fr.pdf). La ponencia presentada por Tomuschat y los debates sobre la misma en el IDI, se pueden consultar en *AIDI*, vol. 77-I, 2005, pp. 213 y ss.; y vol. 77-II, 2006, pp. 199 y ss.

<sup>131</sup> Véase nota a pie supra 114.

Pero antes de poner en marcha propuestas tan ambiciosas, al menos sobre el papel, dirigidas a convertir a los tribunales europeos en el foro judicial donde se podrían decidir las demandas civiles relativas a violaciones graves de los DH cometidas en todo el mundo; se debería empezar por la adopción de un protocolo al CEDH que garantice al menos financieramente la ejecución de las miles de sentencias del TEDH pendientes de ejecutar (nada menos que 7585 a finales de 2017, como se ha citado supra en nota 3), en las que se 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 DH reconocidas en una sentencia del TEDH, que permaneciera sin ejecutar durante cierto tiempo -uno o dos años--, pudieran presentar, ante los tribunales internos de cualquiera de los Estados partes en el CEDH, una demanda civil contra el Estado responsable de tales violaciones con el alcance establecido en la propia sentencia, al menos por lo que se refiere a las cantidades decididas por el Tribunal de Estrasburgo como satisfacción equitativa y en concepto de costas y gastos. Respecto de tales demandas los tribunales internos de cualquier Estado parte en el CEDH -y obviamente en dicho protocolo-- deberían estar obligados a ejercer su jurisdicción, y el Estado demandado no podría alegar su inmunidad de jurisdicción, sin perjuicio del cumplimiento de las normas que regulan la inmunidad de ejecución según están contempladas en la citada Convención de 2004. Falta por ver, claro está, si propuestas de *lege ferenda* de este alcance serán aceptadas por los Gobiernos y Parlamentos de los Estados partes en la CEDH y se formará el necesario “consenso europeo” que permita su puesta en práctica, algo que ahora mismo no resulta nada fácil de predecir<sup>132</sup>.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

Según el TEDH, el CEDH, interpretado en armonía con las normas internacionales consuetudinarias y convencionales que vinculan a sus estados partes y teniendo en cuenta también su práctica legislativa y judicial, no obliga a que los tribunales internos apliquen la jurisdicción civil universal ni el foro de necesidad, ante demandas civiles relativas a vulneraciones graves de los DH cometidas en terceros Estados por sus órganos. En aplicación de una metodología empírico inductiva, en *Nait-Liman* el Tribunal de Estrasburgo lleva a cabo el estudio de la práctica internacional en este ámbito, para llegar a la conclusión de que no existen normas internacionales de las que se derive tal obligación. Como ya se ha dicho, el fallo dictado por el TEDH en *Nait-Liman* puede valorarse como una correcta aplicación de las disposiciones del CEDH, llevada a cabo a

---

<sup>132</sup> Véase FERRER LLORET, J., “La ejecución de las Sentencias del TEDH relativas a la Federación de Rusia y a Turquía: ¿Han fracasado las reformas del Protocolo 14?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 61, 2018, pp. 853-898, pp. 894-898.

la luz del DI en vigor. El TEDH desarrolla una argumentación jurídica bastante sólida para llegar a este resultado, no obstante las críticas que mantienen los dos votos disidentes a esta Sentencia; eso sí, desde ópticas muy diferentes, como ya se ha insistido.

Aunque al mismo tiempo, el TEDH reconoce que de *lege ferenda* los Estados partes en el CEDH deberían garantizar a las víctimas de actos de tortura una compensación económica por las vulneraciones de sus DH. Pero se trata de una propuesta del todo indeterminada, ya que no concreta las medidas a través de las cuáles se debería conseguir este objetivo. La Gran Sala se podría haber ahorrado esta recomendación general que dirige a los Estados partes en el CEDH; es muy discutible que su cometido también abarque esta función, mucho menos en un ámbito en el que en última instancia lo que está en juego es la aplicación del CEDH ante violaciones de los DH cometidas en terceros Estados no europeos por sus órganos. No parece que los Estados partes en el CEDH quieran llegar tan lejos, mucho menos en las actuales circunstancias en las que se encuentra este sistema de protección de los DH de ámbito regional europeo, cuyo funcionamiento se ve afectado por una impresionante carga de trabajo, con decenas de miles de demandas pendientes de respuesta por parte del Tribunal de Estrasburgo.

A este respecto, las dificultades de todo tipo, valoradas por el TEDH como “fines legítimos” que justifican las restricciones a la aplicación del art. 6.1 del CEDH, y por lo general los escasos resultados obtenidos con las demandas civiles extraterritoriales presentadas ante los tribunales de Estados Unidos por vulneraciones graves de los DH; hacen desaconsejable que los Estados europeos partes en el CEDH, de forma unilateral y a través de su legislación y jurisprudencia internas, conviertan a sus tribunales internos en el foro judicial ante el que se diriman civilmente las violaciones graves de los DH cometidas en cualquier Estado de todo el mundo que hayan quedado impunes.

Como opción más realista y viable, y según defiende, aunque muy de pasada, el propio TEDH, se debe propugnar que la responsabilidad civil originada por las violaciones graves de los DH cometidas en terceros Estados se haga efectiva en el contexto de los procedimientos penales iniciados de conformidad con el principio de jurisdicción penal universal, de modo que jurisdicción civil universal quede comprendida, como *ancillary*, dentro del ejercicio de la jurisdicción penal universal. Pero el ejercicio del principio de jurisdicción penal universal no se debe regular de forma absoluta o incondicionada, sino que se debe supeditar a la existencia de vínculos de conexión con el Estado cuyos tribunales aplican este principio. En esta dirección, el legislador español debería modificar la vigente LOPJ, para establecer que el ejercicio del principio de jurisdicción penal universal ante violaciones graves de los DH se condicione a la existencia de alguno de los siguientes vínculos de conexión: a) que los *presuntos*

*responsables se encuentren en España; b) haya víctimas de nacionalidad española; c) que la víctima sea residente habitual en España en el momento de cometerse los hechos; o d) que el procedimiento se dirija contra un español.* El legislador español no debería ir más allá de esta propuesta, para evitar que los tribunales españoles asuman una desmesurada competencia penal -y por ende civil— extraterritorial ante violaciones graves de los DH habidas en cualquier Estado del mundo.

En efecto, es del todo preferible que los desarrollos progresivos del Ordenamiento internacional en este ámbito se produzcan en el seno de la estructura institucional, a través del correspondiente instrumento convencional. Por ejemplo, en concreto mediante un protocolo a la Convención contra la Tortura de 1984, con el que se amplíen y concreten los supuestos en los que los tribunales de los Estados partes están obligados a ejercer su jurisdicción penal y también la civil -asociada a la penal o en su caso autónoma respecto a esta-- ante violaciones de los DH cometidas en otros Estados por los órganos de estos últimos. Aunque se debe reconocer que es muy poco probable que una propuesta convencional con este contenido y nada menos que con vocación universal, llegue a ser adoptada y posteriormente ratificada por un elevado número de Estados de todo el mundo.

En este mismo sentido, cabría plantear la posible adopción de un Protocolo al CEDH, con el que los Estados europeos asuman la obligación de ejercer la jurisdicción civil universal ante violaciones graves de los DH cometidas en el territorio de terceros Estados por sus órganos. Si bien, antes de poner en marcha propuestas aparentemente progresistas pero que suscitan interrogantes de muy difícil respuesta -entre otras, la reacción de terceros Estados no europeos...--, se debería empezar por la adopción de un protocolo al CEDH que garantice al menos financieramente la ejecución de las miles de sentencias del TEDH pendientes de ejecutar. Para ello, se debería establecer la jurisdicción civil universal, pero exclusivamente de ámbito regional europeo, ante los tribunales de cualquier Estado parte en el CEDH, así obligados a admitir las demandas civiles presentadas por las víctimas de violaciones de los DH contra los Estados partes que no ejecuten las sentencias dictadas por el TEDH. Desde luego, antes de tratar de dar lecciones en materia de DH a terceros Estados por la vía del establecimiento de la jurisdicción civil universal -o del foro de necesidad— de los tribunales europeos como respuesta a las violaciones de los DH que se cometan en cualquier lugar del mundo, los Estados europeos deberían preocuparse de dar ejemplo y por tanto deberían acometer las reformas del sistema de protección regional de los DH que han creado que sean necesarias para asegurar la propia efectividad del sistema.