

La inmunidad de jurisdicción de los Estados: una visión en Derecho procesal español a la luz del artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes¹.

The immunity from jurisdiction of the States: an overview under Spanish procedural law in the light of article 6 of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their property.

Javier Mendieta Grande
Abogado. Socio.
CMS Albiñana & Suárez de Lezo
javier.mendieta@cms-asl.com

Fecha de Presentación: julio de 2014. Fecha de Publicación: agosto de 2014.

Resumen.

A pesar de que aún no ha entrado en vigor en España, la Convención de las Naciones Unidas “sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes” posee un gran valor jurídico a la hora de interpretar las formas en que los Estados extranjeros podrán hacer valer su inmunidad de jurisdicción o de ejecución, o la de sus bienes, ante los órganos judiciales

¹ Este artículo se ha elaborado sobre la base del comentario al artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas “sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes”, que preparé para su incorporación a una obra colectiva de futura publicación, consistente en unos comentarios de la Convención, artículo por artículo, dirigidos por los profesores D. Francisco José Garcimartín Alférez y D. Carlos Espósito.

españoles. En este artículo se analizan las cuestiones y problemática procesal que suscita la aplicación de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, y la de sus bienes, por parte de la jurisdicción española, a la luz del artículo 6 de esa Convención, incluyendo el examen de un supuesto de aplicación del artículo 6.2 b) de la Convención. Finalmente, se examina la posibilidad de intervención del Estado del foro como *amicus curiae* en el proceso incoado contra un Estado extranjero a fin de sostener o apoyar su inmunidad de jurisdicción.

Abstract.

Notwithstanding the fact that the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their property has not come into force in Spain yet, its great value for the construction of the ways in which foreign States may make effective its immunity from jurisdiction or execution/enforcement, or that of their assets, before the Spanish Courts, is unquestionable. This article provides for an analysis of the issues and procedural problems that arise from the application of the immunity from jurisdiction of foreign States, and their assets, by the Spanish Courts, in the light of article 6 of that Convention, including the examination of a particular case of application of article 6.2 b) of the Convention. Finally, the possibility for the State of the forum to participate as *amicus curiae* within a process brought against a foreign State, in order to support the latter's immunity from jurisdiction, is also analyzed.

Sumario

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA APLICACIÓN DE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS A LA LUZ DEL ARTÍCULO 6 DE LA CONVENCIÓN, EN EL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL.
 - A. Planteamiento general sobre los modos de hacer efectiva la inmunidad de jurisdicción de los estados extranjeros: el enfoque jurisdiccional.
 - B. La remisión al ordenamiento interno de los estados para la determinación de los modos de hacer efectiva la inmunidad de jurisdicción.
 - C. la apreciación de oficio de la inmunidad de jurisdicción del estado extranjero por parte de los tribunales del estado del foro.

1. Existencia de jurisdicción del estado del foro sobre el concreto litigio.
2. Incoación o pretensión de incoación de un proceso contra un estado extranjero.
3. La aplicación de oficio de la inmunidad de jurisdicción en el seno del proceso español: cuestiones y problemática procesal.
4. Análisis de un supuesto de aplicación del artículo 6.2 b) de la convención.
5. ¿Cabe la intervención del estado del foro como amicus curiae en el proceso incoado contra un estado extranjero a fin de sostener o apoyar su inmunidad de jurisdicción?

III. BIBLIOGRAFÍA.

Palabras clave

Inmunidad de jurisdicción. Estado extranjero. Amicus curiae.

Keywords

Immunity from jurisdiction. Foreign state. Amicus curiae.

I.- INTRODUCCIÓN.

1. El Reino de España se adhirió a la Convención de las Naciones Unidas *"sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes"*² (la "Convención") en el mes de septiembre del año 2011. No obstante, la Convención no ha entrado aún en vigor, en aplicación de la previsión contenida en el apartado 1 de su artículo 30.1, conforme al cual *"la presente convención entrará en vigor en el trigésimo día a partir del depósito del trigésimo instrumento de ratificación, aceptación o aprobación o adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas"*.

2. Pese a esa falta de vigencia, la Convención posee un indudable valor jurídico a la hora de interpretar las formas en que los Estados extranjeros podrán hacer valer su inmunidad de jurisdicción o de ejecución, o la de sus bienes, ante los órganos judiciales españoles, en la medida en que la Convención consiste en una codificación del derecho internacional en la materia, tras un largo proceso de estudio y elaboración, que se inició en el año 1977, según se refiere en su preámbulo. Ya en su sentencia de 1 de julio de 1992 (RTC 1992\107), el Tribunal Constitucional sostuvo, en relación con el principal antecedente de la Convención, esto es, el *"proyecto de artículos sobre el derecho de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes"* de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (el "Proyecto de Artículos de 1991"), que *"este proyecto de codificación internacional carece naturalmente de fuerza obligatoria, aunque su valor indicativo sea muy alto, dada la sede en que se redactó y los materiales utilizados para su confección"*. Por esta razón, me ha parecido oportuno presentar una visión "de Derecho procesal" sobre la aplicación de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, y la de sus bienes, por parte de los órganos judiciales españoles, a la luz del artículo 6 de la Convención, atendiendo a ese valor de "codificación" del Derecho Internacional que indudablemente posee y al hecho de que, desde un principio, la Ley Orgánica del Poder Judicial ("LOPJ") establezca como "límites" de la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles *"los supuestos de inmunidad de jurisdicción y ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público"*.

² Aprobada en virtud de la Resolución 59/38 de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptada el día 2 de diciembre de 2004 (disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/478/57/PDF/N0447857.pdf?OpenElement>).

3. A los anteriores efectos, cabe destacar que, desde el Proyecto de Artículos de 1991, el precepto correspondiente a los *"modos de hacer efectiva la inmunidad del Estado"* no ha sufrido alteración. Ha sido un artículo que no ha gozado de especial atención por parte de los diversos informes y observaciones formuladas por los Estados durante el proceso de elaboración de la Convención. Es más, el artículo 6 del Proyecto de Artículos de 1991 tenía el mismo tenor literal que el artículo 6 de la Convención³.

4. Los distintos comentarios formulados por los Estados sobre el Proyecto de Artículos de 1991 se centraron principalmente en otras cuestiones (como puede ser el concepto de *"Estado"*, la definición de *"transacción mercantil"*, la disposición relativa a los contratos de trabajo o las medidas coercitivas o de ejecución), sin que prácticamente el artículo 6 fuera objeto de observaciones⁴. Las únicas dignas de mención fueron las formuladas por Chile, que serán objeto de comentario en el posterior apartado II.1, en la medida en que permitirán ilustrar el espíritu del artículo 6 de la Convención al resolver la cuestión sobre los modos de hacer efectiva la inmunidad de jurisdicción de los Estados, así como la articulación del régimen de la inmunidad con el de responsabilidad internacional de los Estados.

5. Por último, en los Informes del Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, emitidos en sus reuniones celebradas los años 2002, 2003 y 2004, se mantuvo la misma redacción finalmente consagrada en el artículo 6 de la Convención⁵.

³ La redacción del artículo 6 del Proyecto de Artículos de 1991 era la siguiente: *"1. A State shall give effect to State immunity under article 5 by refraining from exercising jurisdiction in a proceeding before its courts against another State and to that end shall ensure that its courts determine on their own initiative that the immunity of that other State under article 5 is respected. 2. A proceeding before a court of a State shall be considered to have been instituted against another State if that other State: (a) is named as a party to that proceeding; or (b) is not named as a party to the proceeding but the proceeding in effect seeks to affect the property, rights, interests or activities of that other State"*.

⁴ Vid. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre los trabajos en su 51º periodo de sesiones, celebrada entre el 3 de mayo y el 23 de julio de 1999 (Documento A/54/10, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1999, vol. II (2), páginas 127 y 128), y el informe del Grupo de Trabajo (de la Sexta Comisión) sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, anexo al anterior informe (páginas 149 a 173); Informes del Presidente del Grupo de Trabajo sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, correspondientes a los 54º y 55º periodo de sesiones de la Asamblea General (Documentos A/C.6/54/L.12 y A/C.6/55/L.12) y los comentarios de diversos Estados, obrantes en los Informes del Secretario General correspondientes a los Documentos A/52/294, A/53/274 y Add.1, A/54/266, A/55/298 y A/56/291 y Add. 1 y 2.

⁵ Vid. Informe del Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, reunidos entre los días 4 a 15 de febrero de 2002, correspondiente al 57º periodo de sesiones (suplemento No. 22; A/57/22);

6. A pesar de que, según su rúbrica, el artículo 6 de la Convención se ocupa de los “*modos de hacer efectiva la inmunidad del Estado*”, en realidad este precepto no regula las formas concretas en que los Estados parte de la Convención deberán hacer efectiva y procurar que se respete la inmunidad de jurisdicción que, como regla general, es declarada en el precedente artículo 5 de la Convención, según el cual “*todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado, según lo dispuesto en la presente Convención*”⁶. Por el contrario, en desarrollo de la declaración o principio general del artículo 5, el artículo 6 de la Convención se limita a establecer las obligaciones genéricas de los Estados de abstenerse de ejercer jurisdicción en los procesos incoados contra otro Estado y de procurar que sus tribunales reconozcan de oficio la inmunidad de jurisdicción del Estado frente al que se haya

Informe del Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, reunidos entre los días 24 a 28 de febrero de 2002, correspondiente al 58º periodo de sesiones (suplemento No. 22; A/58/22).

⁶ El establecimiento de la inmunidad de jurisdicción como regla general, atenuada o excepcionada en determinados supuestos (atendiendo a la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, conforme a la tesis de la inmunidad restringida, no absoluta), ya resulta de la doctrina establecida por la citada sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992 (RTC 1992\107), de la que cabe destacar los siguientes incisos: “*esta remisión al Derecho internacional público obliga al intérprete de nuestro Derecho y, en particular, obliga a los órganos jurisdiccionales españoles a adentrarse en dicho ordenamiento para sacar a la luz los supuestos en que pueden verse impedidos de ejercer actividad jurisdiccional -sea ésta de naturaleza declarativa, ejecutiva o cautelar- frente a determinados sujetos amparados por la inmunidad (Estados extranjeros, personas jurídico-públicas extranjeras, personal diplomático y consular, etc.). La remisión implica, en consecuencia, la necesidad de que los órganos jurisdiccionales españoles -incluido este Tribunal- se conviertan en intérpretes y aplicadores de la legalidad internacional, tal y como han tenido que hacer otros Tribunales nacionales, sin que ello suponga en absoluto una interferencia por parte del ordenamiento español en el Derecho internacional público, pues las normas de éste se conforman, entre otras cosas, en función de las prácticas internas adoptadas en cada materia por los Estados miembros de la Comunidad Internacional. (...) La concreción de esas normas internacionales a las que remite el art. 21.2 LOPJ es una tarea que exige del intérprete una inducción basada en datos diversos, las convenciones internacionales de carácter universal o regional y las prácticas internas de los Estados, tanto en el plano legislativo, como en el judicial y administrativo; tarea que al tiempo debe tener en cuenta el proceso evolutivo que en esta materia es apreciable en la realidad internacional.*”

Dentro de esa evolución constante de las reglas internacionales en esta materia se puede, no obstante, trazar como tendencia clara una progresiva relativización de las inmunidades de los Estados extranjeros ante los Tribunales nacionales; relativización que resulta más acusada y clara en lo que respecta a la inmunidad de jurisdicción pero que, aun en menor medida, también se ha dejado sentir en lo tocante a la inmunidad de ejecución.

*Dado que la inmunidad de jurisdicción no forma parte de los problemas planteados en el presente recurso de amparo, baste decir al respecto que, desde la tradicional regla absoluta de inmunidad de jurisdicción fundada en la igual soberanía de los Estados que expresaba el adagio *par in parem imperium non habet*, el ordenamiento internacional ha evolucionado a lo largo de este siglo hacia la cristalización de una regla relativa de inmunidad, que habilita a los Tribunales nacionales a ejercer jurisdicción respecto de aquellos actos del Estado extranjero que no hayan sido realizados en virtud de imperio, sino con sujeción a las reglas ordinarias del tráfico privado”.*

instado el proceso. Asimismo, en su segundo apartado el artículo 6 determina los casos en que habrá de entenderse que un proceso ha sido planteado contra un Estado extranjero.

7. Más allá de esas obligaciones de carácter general y de la anterior definición, el artículo 6 no precisa los modos o maneras concretas en que los Estados deberán conseguir, en el territorio sometido a su soberanía, la eficacia de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros. Los mecanismos precisos para hacer efectiva la inmunidad serán, en consecuencia, establecidos por la legislación interna de los diversos Estados (fundamentalmente la de carácter procesal), que, en todo caso, habrá de orientarse a procurar que los órganos judiciales se abstengan de ejercer sus facultades jurisdiccionales frente a Estados extranjeros, salvo en aquellos supuestos excepcionales en los que éstos no puedan hacer valer su inmunidad de jurisdicción.

8. Esa necesaria complementación por los ordenamientos jurídicos internos de las obligaciones generales de carácter internacional contempladas en el artículo 6 de la Convención es la que justifica plenamente el examen de las normas internas, por medio de las cuales los órganos jurisdiccionales españoles (como parte de la estructura del Estado) harán efectiva la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, así como el análisis de las principales consecuencias y problemas teóricos y prácticos que pueden plantearse en la aplicación, ante los Tribunales españoles, de la regla general consagrada en el artículo 6 de la Convención.

II. LA APLICACIÓN DE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS A LA LUZ DEL ARTÍCULO 6 DE LA CONVENCIÓN, EN EL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL.

A. Planteamiento general sobre los modos de hacer efectiva la inmunidad de jurisdicción de los estados extranjeros: el enfoque jurisdiccional.

9. Antes de entrar a examinar la aplicación de la inmunidad de jurisdicción de los Estados y sus bienes a la luz del artículo 6 de la Convención, conforme al Derecho procesal español, entiendo que resulta de interés analizar el enfoque del principio de la inmunidad de jurisdicción y de los modos de hacerlo efectivo que presidió la elaboración y aprobación del artículo 6 de la Convención. Ese análisis será de utilidad para exponer el espíritu que debe guiar la interpretación y aplicación de las reglas contenidas en este precepto. A fin de evitar que la exposición resulte excesivamente abstracta, considero que estas cuestiones pueden ilustrarse

mediante el comentario y crítica de las observaciones formuladas por Chile sobre el Proyecto de Artículos de 1991, de fecha 8 de mayo de 2000⁷, pues en ellas se contenía una visión del principio de inmunidad de jurisdicción y de los modos de hacerlo efectivo distinto al que finalmente ha prevalecido en la Convención aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Asimismo, este comentario permitirá poner en relación el régimen de la inmunidad con el de la responsabilidad internacional de los Estados.

10. Como se ha adelantado en el apartado introductorio, la actual redacción del artículo 6 de la Convención conlleva una implícita remisión a los ordenamientos internos de los diversos Estados miembros, que serán los que finalmente establezcan los mecanismos mediante los cuales se hará efectiva la inmunidad de jurisdicción, disponiendo la obligación de los tribunales de un Estado de abstenerse, *ex officio*, de ejercer la jurisdicción contra otro Estado en un proceso concreto.

11. Ahora bien, en sus comentarios al Proyecto de Artículos de 1991 Chile consideraba que la referencia a la obligación de los Estados de “velar por que sus tribunales resuelvan de oficio la cuestión de la inmunidad de jurisdicción de otro Estado” era irrelevante desde el punto de vista de Derecho internacional, por tratarse de una cuestión de orden interno o de la jurisdicción exclusiva del Estado en cuestión. Chile pretendía mantener la inmunidad de jurisdicción exclusivamente en el plano internacional y del Derecho internacional, eliminando toda referencia expresa o implícita a los tribunales del Estado del foro y a su ordenamiento jurídico interno, esto es, a los auténticos “modos de hacer efectiva la inmunidad del Estado”.

12. Según el planteamiento de Chile, “la obligación de respetar la inmunidad de jurisdicción es internacional y ella se inscribe en el ámbito diplomático”. El ejercicio de la jurisdicción por parte de un Estado frente a otro Estado, en los supuestos en que este último gozara de inmunidad, daría lugar a responsabilidad internacional. Ahora bien, a fin de garantizar la justicia, Chile sostenía que el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción por el Estado del foro llevaría aparejada la obligación del Estado extranjero de solucionar con aquél la controversia que hubiera dado lugar al proceso concreto por alguno de los medios de arreglo pacífico de controversias vigentes entre ellos.

⁷ Documento A/55/298, páginas 2 a 8.

13. El artículo 6 de la Convención no ha adoptado el enfoque mantenido por Chile ni ha reflejado sus comentarios, sino que ha mantenido la obligación de los Estados de “velar por que sus tribunales resuelvan de oficio la cuestión del respeto de la inmunidad del otro Estado”. El planteamiento de Chile se centraba en exceso en la perspectiva internacional, desconociendo que la inmunidad de jurisdicción habrá de ser preservada fundamentalmente por los órganos judiciales de los distintos Estados, de conformidad con el principio de división de poderes⁸ (sin perjuicio de las consecuencias que este principio habrá de tener en la aplicación del apartado 1 del artículo 6 de la Convención, según se expondrá posteriormente).

14. Desde otro punto de vista, la posición de Chile resultaba poco respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción, pudiendo conducir a situaciones de impunidad o de manifiesta injusticia. En este sentido, el planteamiento del Estado chileno suscitaba los problemas que se exponen en los párrafos que siguen.

15. En primer lugar, la ubicación de la inmunidad de jurisdicción en el puro plano internacional determinaría que, incoado un proceso contra un Estado, la simple alegación por ese Estado de la inmunidad de jurisdicción conduciría a su reconocimiento y a que la resolución de la controversia se trasladara a un proceso de arreglo pacífico entre los dos Estados. Ello implicaría o podría implicar, de facto, la denegación del acceso a la jurisdicción y del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva a todos aquellos particulares que mantuvieran una relación jurídica con un Estado extranjero que estuviese o pudiese estar comprendida entre las categorías de relaciones en las que los Estados no gozan de inmunidad de jurisdicción (artículos 10 a 17 de la Convención).

16. En segundo lugar, la transformación de la controversia entre el particular y el Estado extranjero en una disputa entre Estados pondría en grave riesgo la eficacia y efectividad del proceso, ya que parece obvio que el Estado no se encontrará en la misma posición que el particular para sostener su pretensión frente al Estado extranjero. La formulación de alegaciones o la actividad probatoria podrían verse dificultadas o frustradas, al introducirse a un tercero que necesariamente habría de figurar como defensor de la pretensión del particular. Y todo ello sin

⁸ Y ello aunque desde el punto de vista de la responsabilidad internacional, los actos o omisiones del poder judicial de un Estado le sean imputables a éste.

perjuicio de que la actuación del Estado por cuenta del particular podría verse mediatizada o influida por intereses ajenos a los que son objeto de discusión en el proceso.

17. Además, aunque sea desde un punto de vista meramente económico, cabría cuestionarse el propio hecho de que un Estado litigue contra otro en interés de un particular, con los costes que ello implica o puede implicar, asumiendo el Estado una responsabilidad que no le corresponde, máxime si se tiene en cuenta que el particular que establece una relación jurídica con un Estado extranjero asume el riesgo de que este último eventualmente alegue su inmunidad de jurisdicción.

18. En tercer lugar, la traslación de la resolución de la controversia “a un proceso de arreglo pacífico de controversias” podría llegar a constituir un auténtico “brindis al sol” respecto de las posibilidades del particular de obtener una tutela efectiva de su pretensión, ya que:

- (a) De un lado, los medios diplomáticos de solución de controversias no tienen por función la de resolver directamente la diferencia, sino la de “facilitar la resolución por medio del acuerdo entre los Estados interesados”⁹.
- (b) Por otro lado, pese a la eventual proliferación de cláusulas compromisorias o de la denominada “cláusula facultativa” en los tratados internacionales por los que se establezcan sistemas de arreglo judicial o arbitral, la situación o principio general en Derecho Internacional es la necesidad de que el Estado que será demandado preste su consentimiento para que la concreta controversia sea sometida a la decisión de un específico tribunal u órgano arbitral. Así, el Estado al que se hubiera reconocido inmunidad podría evitar el pronunciamiento de una decisión sobre el fondo del litigio simplemente negándose a someter su resolución a uno de los medios de solución de diferencias^{10 11}.

9 Miaja, A., Solución pacífica de diferencias internacionales (Medios Políticos y Arbitraje), en Cursos y Conferencias de la Escuela de Funcionarios Internacionales, 1956-7, Vol. II, T. 4, página 174. En el mismo sentido, Díez de Velasco, M., en Instituciones de Derecho Internacional Público, 15ª Edición, Madrid, 2005, página 887.

10 En relación con los tribunales internacionales, Díez de Velasco, M., op. cit., página 906, afirma que “su competencia no es, como regla, automática, sino que tras su creación precisan de declaraciones expresas de voluntad de los Estados por las que se les reconoce la competencia de resolver litigios en los que dicho Estado sea parte”. Asimismo, añade, “sus sentencias -salvo en raras excepciones- son meramente declarativas y carecen de

19. A todo lo anterior se sumarían las eventuales dificultades de ejecución de la sentencia o resolución que dictara el tribunal u órgano arbitral, ya que la obligación de cumplir aquélla compete a los propios Estados. Y los procedimientos orientados a conseguir el cumplimiento en los casos de falta de ejecución (como pueden ser las presiones diplomáticas, la retorsión o las represalias) podrían no ser aplicados por motivos ajenos a los estrictamente jurídicos, lo que nuevamente puede convertir en una quimera la efectiva consecución de justicia por parte del particular, incluso tras la tramitación de todo un proceso arbitral o judicial.

20. En consecuencia, entiendo que la Convención adecuadamente rechazó el planteamiento de Chile y que la redacción que finalmente se confirió a su artículo 6 resulta más acorde con la realidad de la aplicación de la inmunidad de jurisdicción (que será apreciada o rechazada por los órganos judiciales de los distintos Estados, esto es, en el ámbito jurisdiccional y no en el puramente internacional –o diplomático-) y más respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva y de acceso a la jurisdicción (sin perjuicio de los problemas que su interpretación y aplicación pueden plantear y que serán posteriormente examinados). Frente a las consecuencias que se podrían derivar del planteamiento del Estado chileno, la recta interpretación del artículo 6 de la Convención, conforme al enfoque de la inmunidad de jurisdicción y de los modos de

efecto ejecutivo, por lo que el destinatario de la misma goza de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de elegir la forma en que da cumplimiento a las sentencias”.

11 A estos efectos, procede destacar que, la Convención prevé en su artículo 27.2 un sistema de resolución de las controversias que surjan entre los Estados sobre su interpretación y aplicación, estableciéndose la previa obligación de aquéllos de tratar de resolver sus diferencias mediante negociación. Ahora bien, el posterior apartado 3 del citado precepto dispone la posibilidad de que los Estados, al firmar, ratificar aceptar o aprobar la Convención, formulen una reserva, excluyendo la aplicación del mencionado sistema de arreglo de disputas, lo que puede determinar, según se ha expuesto, la necesaria prestación de consentimiento del Estado potencialmente demandado para que la concreta controversia sea dirimida por un tribunal u órgano arbitral. Así, los apartados 2 y 3 del artículo 27 de la Convención establecen que “2. Las controversias entre dos o más Estados partes relativas a la interpretación o aplicación de la presente Convención que no pudieren resolverse mediante negociación dentro de un plazo de seis meses serán sometidas a arbitraje previa solicitud de uno de ellos. Si, dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la solicitud de arbitraje, estos Estados parte no pudieren ponerse de acuerdo acerca de la organización del arbitraje, cualquiera de ellos podrá llevar la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte.

3. Cada Estado Parte podrá declarar, al momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar la presente Convención o adherirse a ella, que no se considera obligado por lo dispuesto en el párrafo 2. Los demás Estados Parte no quedarán obligados en virtud del párrafo 2 con respecto al que haya hecho una reserva de esa índole”.

Hasta la fecha, han realizado la reserva contemplada en el artículo 27.3 los siguientes países: la República Islámica de Irán y Arabia Saudí.

hacerla efectiva que en él se adopta, deberá conducir a la necesaria observancia de los siguientes esquemas de actuación:

- (a) Los órganos judiciales del Estado del foro examinarán, de oficio o, en su caso, a instancia del Estado demandado, la existencia de inmunidad de jurisdicción, atendiendo a la naturaleza y circunstancias de la relación jurídica existente entre el particular demandante y el Estado extranjero contra el que se incoe el proceso (por lo tanto, atendiendo también a lo dispuesto en los artículos 10 a 17 de la Convención), lo que implica situar la inmunidad de jurisdicción en el ámbito que le es propio.
- (b) En el caso de que el órgano judicial no aprecie la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero (o, dicho de otra forma, esté convencido de la concurrencia de jurisdicción), el proceso continuará, permitiendo al particular solicitar, en la forma que estime conveniente y directamente, la actividad probatoria que entienda precisa para acreditar el fundamento de su pretensión, sin que ésta deba ser defendida por un tercero, el Estado del foro, y sin las eventuales distorsiones que los propios intereses del Estado del foro pudieran generar en esa defensa. Asimismo, será el particular quien soportará los costes y gastos derivados de su defensa en el proceso que inste contra el Estado extranjero.

Por el contrario, si el órgano judicial apreciara la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero, el particular podrá combatir esa decisión por medio de los recursos o remedios previstos en la legislación procesal del Estado del foro, garantizándose así su derecho de acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva, incluso en el caso de que la apreciación de la inmunidad de jurisdicción sea confirmada.

- (c) Finalmente, en el caso de que el Estado al que no se hubiera reconocido la inmunidad de jurisdicción entendiera que ese acto constituye un incumplimiento por el Estado del foro de sus obligaciones internacionales¹², podría iniciar un proceso internacional contra este

12 A diferencia de lo anteriormente indicado respecto de la inmunidad de jurisdicción, en el plano de la responsabilidad internacional la división de poderes interna de los Estados sí resulta irrelevante, ya que, como afirma Díez de Velasco, M., op. cit., página 801, "por regla general, se atribuyen al Estado los hechos de sus órganos y agentes en tanto que integrantes de la organización estatal". Asimismo, el artículo 4 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional, aprobado en su 53º periodo de sesiones (celebrado del 23 de abril al 1 de junio, y del 2 de julio al 10 de agosto de 2001), sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, dispone que: "1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra

último, reclamando una reparación o el ofrecimiento de garantías de que el pretendido incumplimiento no se reproducirá en el futuro¹³. Ahora bien, en ese proceso ambos Estados actuarían pretensiones que les son propias en cuanto tales Estados. En concreto, el Estado del foro (eventual demandado) sostendría la inexistencia de incumplimiento por su parte de una obligación internacional, pero no actuaría en defensa o en interés del particular que hubiera instado el proceso frente al Estado extranjero.

B. La remisión al ordenamiento interno de los estados para la determinación de los modos de hacer efectiva la inmunidad de jurisdicción.

21. El artículo 6 de la Convención, en su apartado 1, dispone que “un Estado hará efectiva la inmunidad a que se refiere el artículo 5 absteniéndose de ejercer jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado y, a estos efectos, velará por que sus tribunales resuelvan de oficio la cuestión del respeto de la inmunidad de ese otro Estado a que se refiere el artículo 5”.

22. Así, la Convención establece la obligación de los Estados de respetar el derecho a la inmunidad de jurisdicción de que gozan, como norma general, el resto de los Estados. Y a fin de conseguir la efectividad de la inmunidad, se exige que el Estado del foro se asegure de que será aplicada o apreciada “de oficio” por sus órganos judiciales, sin necesidad, por tanto, de que el Estado extranjero se vea obligado a comparecer para hacerla valer. Ahora bien, como se ha avanzado en el apartado introductorio, a pesar de la rúbrica del artículo 6 de la Convención, su apartado 1 no especifica los modos o maneras concretos en que el Estado del foro deberá hacer efectiva la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero¹⁴. En consecuencia, será la

índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. 2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado”.

13 El artículo 30 del citado Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos establece que “el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado: a) A ponerle fin si ese hecho continúa; b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen”. Asimismo, el artículo 31 del mismo Proyecto dispone que: “1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. 2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado”.

14 A este respecto, resulta de interés el comentario sobre el artículo 6.1 del Proyecto de Artículos de 1991 (Documento A/46/10), según el cual la expresión “velará por que sus tribunales” era utilizada para poner de manifiesto que la obligación de reconocer la inmunidad corresponde al Estado del foro, que es responsable de hacerla efectiva de conformidad con sus procedimientos internos (“The expression ‘shall ensure that its courts’ is

legislación interna de los diversos Estados (fundamentalmente las leyes procesales) la que establezca los mecanismos precisos para conseguir la efectividad de la inmunidad.

23. El cumplimiento por el Estado del foro de la obligación asumida de respetar la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros y de velar por que sus tribunales reconozcan aquélla se verá condicionada por el principio de división de poderes. Conforme a este principio, la aplicación y reconocimiento efectivos de la inmunidad de jurisdicción competará a los órganos judiciales del Estado del foro, no obstante la labor que los otros dos poderes (señaladamente el ejecutivo, según se examinará posteriormente) puedan desarrollar para la consecución de ese reconocimiento. A este respecto, pueden formularse las siguientes consideraciones:

- (a) Por lo que se refiere al poder legislativo, el artículo 6.1 determinará el deber de las Cortes Generales de aprobar leyes ordinarias y orgánicas reguladoras y delimitadoras de la jurisdicción de los juzgados y tribunales españoles que resulten conformes con la obligación asumida por el Estado en el plano internacional y que permitan –y exijan- a aquéllos abstenerse de ejercer su jurisdicción en los casos en que, conforme al Convenio, el Estado extranjero goce de inmunidad.
- (b) A la vista del tenor literal del artículo 6.1, cabe plantearse si el poder ejecutivo podrá o deberá intervenir en los procesos judiciales que sean incoados contra un Estado extranjero, a fin de alegar o apoyar, cuando así se entienda procedente, la inmunidad de jurisdicción de este último, de forma que no sea necesario que el Estado demandado se vea obligado a comparecer para interponer la correspondiente declinatoria.

Ahora bien, esa intervención sólo se podrá producir en la medida en que las normas procesales españolas así lo permitan y la decisión sobre el reconocimiento o rechazo de la inmunidad de la jurisdicción del Estado extranjero corresponderá, en todo caso, al órgano judicial, que, obviamente, podrá apartarse del criterio mantenido en las alegaciones que eventualmente pueda formular el órgano del poder ejecutivo. Sobre esta cuestión se volverá con posterioridad, al examinar la admisibilidad de la intervención del Estado español como *amicus curiae* en el proceso que se incoe contra un Estado extranjero.

used to make it clear that the obligation is incumbent on the forum State, which is responsible for giving effect to it in accordance with its internal procedures”).

(c) Finalmente, corresponderá a los órganos integrantes del poder judicial aplicar las normas delimitadoras de la jurisdicción española de conformidad con las disposiciones de la Convención y, en consecuencia, reconocer la inmunidad de los Estados extranjeros contra los que se incoe un proceso, salvo en aquellos supuestos en que la Convención disponga que esa inmunidad no existe. Los preceptos legales que regulan los modos o procedimientos concretos por los que la inmunidad de jurisdicción podrá ser apreciada por los órganos judiciales serán objeto de exposición y análisis a continuación.

C. La apreciación de oficio de la inmunidad de jurisdicción del estado extranjero por parte de los tribunales del estado del foro.

1. Existencia de jurisdicción del estado del foro sobre el concreto litigio.

24. La primera cuestión que habrá de analizarse en todo supuesto en el que pueda plantearse la inmunidad de jurisdicción será la existencia de jurisdicción del Estado del foro respecto de la cuestión controvertida. Obviamente, la ausencia de esa jurisdicción convertiría en totalmente innecesario el estudio o invocación de la inmunidad del Estado contra el que se haya incoado o pretendido iniciar el proceso¹⁵.

25. La jurisdicción de los juzgados y tribunales españoles para resolver el concreto litigio habrá de ser determinada de conformidad con las reglas del Derecho internacional privado, esto es, a la luz de los artículos 21 y siguientes de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial (en lo sucesivo, "LOPJ"); en concreto, de los artículos 22 (relativo al orden civil) y 25 (relativo al orden social), con exclusión, en todo caso, del artículo 23 (referente al orden penal, ya que, según declara el preámbulo de la Convención, "*la interpretación general a que se llegó en el Comité Especial*" fue la de que aquél "*no comprende las actuaciones penales*"). En el ámbito europeo, la jurisdicción o competencia judicial internacional de los juzgados y tribunales españoles se encuentra regulada por el Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000,

15 En este sentido, en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional de 1991 se formulaban los siguientes comentarios: "since immunity, under article 5, is expressly from the 'jurisdiction of another State', there is a clear and unmistakable presupposition of the existence of 'jurisdiction' of that other State over the matter under consideration; it would be totally unnecessary to invoke the rule of State immunity in the absence of jurisdiction. There is as such an indispensable and inseparable link between State immunity and the existence of jurisdiction of another State with regard to the matter in question". Asimismo, se indicaba que "the first prerequisite to any question involving jurisdictional immunity is therefore the existence of a valid 'jurisdiction', primarily under internal law rules of a State, and, in the ultimate analysis, the assumption and exercise of such jurisdiction not conflicting with any basic norms of public international law".

*relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*¹⁶, y por el Convenio *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, sustitutivo del de Lugano¹⁷.

26. Asimismo, el artículo 36.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, "LEC") se remite a lo dispuesto en la LOPJ y en los tratados internacionales que regulen la competencia judicial internacional o jurisdicción de los tribunales españoles, al disponer que *"la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte"*¹⁸.

27. De conformidad con las normas referidas, el órgano judicial habrá de examinar de oficio su jurisdicción o competencia judicial internacional para conocer del litigio planteado por el demandante, a la vista de las pretensiones que se formulen y su fundamento fáctico y jurídico. Y

16 D.O.C.E. número L 012, de 16 de enero de 2001.

17 Decisión del Consejo 2007/712/CE, de 15 de octubre de 2007, relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

18 En el caso del orden laboral, la Ley de Procedimiento Laboral (cuyo Texto Refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 abril) no contiene ninguna disposición específica sobre la jurisdicción de los tribunales pertenecientes al orden social, disponiendo únicamente su artículo 1 que "los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho en conflictos tanto individuales como colectivos". En consecuencia, la determinación de su jurisdicción deberá llevarse a cabo de conformidad con el citado artículo 25 LOPJ, según el cual "En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes:

1º En materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandando tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios, o de celebración del contrato; y además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español.

2º En materia de control de legalidad de los convenios colectivos de trabajo celebrados en España y de pretensiones derivadas de conflictos colectivos de trabajo promovidos en territorio español.

3º En materia de pretensiones de Seguridad Social frente a entidades españolas o que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España".

En todo caso, en la materia objeto de análisis resultarán de aplicación supletoria las disposiciones de la LEC, de conformidad con su artículo 4, según el cual: "En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley".

sólo en el caso de que ese examen tenga un resultado positivo, procederá posteriormente a analizar si el Estado extranjero goza o no de inmunidad de jurisdicción en el concreto proceso.

2. Incoación o pretensión de incoación de un proceso contra un estado extranjero.

28. Según se desprende de los antecedentes y proceso de elaboración del artículo 6 de la Convención, desde los momentos iniciales se advirtió la necesidad de precisar cuándo un proceso habría de considerarse iniciado o incoado contra un Estado extranjero, a fin de determinar el ámbito propio de aplicación de la obligación de apreciación *ex officio* de la inmunidad de jurisdicción del Estado demandado.

29. Esta cuestión es definida por el apartado 2 del artículo 6 de la Convención, según el cual *“un proceso ante un tribunal de un Estado se entenderá incoado contra otro Estado si éste: a) es mencionado como parte en el proceso; o b) no es mencionado como parte en el proceso, pero este proceso tiende efectivamente a menoscabar los bienes, derechos, intereses o actividades de este otro Estado”*.

30. La previsión del párrafo a) se corresponde con aquellos casos en los que el actor designa al Estado extranjero como parte demandada, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 399, 437 y 155 LEC, o cuando el proceso debe dirigirse o incoarse contra un Estado extranjero para la adecuada constitución de la relación procesal. Su aplicación no planteará problemas de interpretación cuando el demandante identifique como demandado al Estado extranjero propiamente dicho (por ejemplo, la República de Italia), a su gobierno o a un ministerio.

31. Mayores dificultades podrán surgir en los casos en que el actor dirija su pretensión contra un organismo o entidad cuya condición de “Estado”, a los efectos del artículo 2 de la Convención, resulte más dudosa¹⁹. En estos supuestos, el demandante podría tratar de diluir o no revelar las circunstancias que permitirían concluir al órgano judicial que la demanda se dirige contra una persona que puede gozar de inmunidad de jurisdicción, con el objetivo de conseguir una inicial admisión a trámite de la demanda y tratar de forzar al Estado demandado, cuando menos, a plantear una declinatoria. Ello exigirá al Secretario judicial y, en todo caso, al órgano judicial, un cuidadoso análisis de la demanda y de los documentos o elementos de prueba que se

¹⁹ Por ejemplo, cuando la demanda se plantee contra “organismos o instituciones del Estado (extranjero) u otras entidades” (artículo 2.1 b), párrafo iii), de la Convención).

acompañen con ella, a fin de evitar que, cuando la condición de “Estado” de la persona demandada no resulte tan clara, el actor pueda frustrar la aplicación del artículo 6.1 de la Convención, esto es, la apreciación de oficio de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero demandado.

32. Por otro lado, el apartado a) del artículo 6.2 también comprenderá los supuestos de presentación de una solicitud de medidas cautelares frente a un Estado, bien sea simultáneamente a la interposición de la demanda principal, bien sea con anterioridad o posterioridad a la presentación de esta última (artículo 730 LEC). Del mismo modo, igualmente se entenderá que un proceso se dirige contra un Estado extranjero cuando se formule contra él una solicitud de diligencias preliminares a fin de preparar un ulterior proceso. En este sentido, puede leerse el auto de 6 de noviembre de 2007, de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que sostuvo que “a nuestro juicio no puede declararse que los tribunales españoles carezcan de competencia para conocer de diligencias preliminares solicitadas por un español contra un extranjero el mero hecho de que el sujeto pasivo y futuro demandado tenga su residencia oficial en Suiza. En el presente caso la competencia territorial, en ausencia de fuero legal aplicable, se determina por el del domicilio del actor (artículo 50.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

Ello no obstante, esta Sección entiende que los Tribunales civiles españoles carecen de jurisdicción y de competencia internacional para conocer de la petición de diligencias preliminares contra el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la independencia de jueces y magistrados, por no tener jurisdicción ni competencia internacional para conocer de la demanda que en el futuro pudiera interponerse por “Fundación Jurei” (Justicia Responsable e Independiente), al gozar el demandado de inmunidad de jurisdicción, concurriendo, por tanto, el supuesto previsto en el artículo 36.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En efecto, el demandado está protegido por la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas (1946), a la que se adhirió España el 31 de julio de 1974 (BOE nº 249 de 17 de octubre de 1974), por ostentar la condición de Perito y alcanzarle, conforme a su art. 22, las prerrogativas e inmunidades que sean necesarias para el ejercicio independiente de sus funciones durante el período de sus misiones, y en especial de inmunidad contra toda acción judicial respecto a palabras habladas o escritas y a sus actos en el cumplimiento de su misión”.

33. De conformidad con la previsión contenida en el párrafo b) del artículo 6.2, también se considerará que un proceso es incoado contra un Estado extranjero cuando éste se dirija “efectivamente” a “menoscabar” sus bienes, derechos, intereses o actividades, aunque el Estado

no haya sido *"mencionado como parte en el proceso"*²⁰. A fin de concretar el ámbito de aplicación de este precepto, procede efectuar las siguientes consideraciones:

- (a) La referencia a la falta de mención del Estado como parte en el proceso debe ser interpretada desde un punto de vista jurídico-procesal, a la luz de los principios de audiencia y defensa en Derecho español (que exigen la presencia en el proceso, como parte, de todas aquellas personas titulares de la relación jurídica controvertida o que resulten afectadas directamente por la futura resolución que se dicte).

En este sentido, entiendo que el párrafo b) no será de aplicación a los procesos en que el Estado extranjero no haya sido designado como demandado pero sí debiera haberlo sido (como podrían ser, por ejemplo, los supuestos –que en la práctica pueden ser muy poco comunes- de litisconsorcio pasivo necesario, en los que el Estado extranjero haya sido un litisconsorte preterido)²¹. La interpretación de este precepto desde una perspectiva meramente fáctica (considerándolo aplicable por el simple hecho de que el proceso no se dirija contra el Estado extranjero –a pesar de que la sentencia de hecho menoscabará sus

20 En los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional al Proyecto de Artículos de 1991 (Documento A/46/10, páginas 25 y 26), se indicaba en relación con el párrafo b) del artículo 6.2 lo siguiente: "Without closing the list of beneficiaries of State immunities, it is necessary to note that actions involving seizure or attachment of public properties or properties belonging to a foreign State or in its possession or control have been considered in the practice of States to be proceedings which in effect implicate the foreign sovereign or seek to compel the foreign State to submit to the local jurisdiction. Such proceedings include not only actions in rem or in admiralty against State-owned or State-operated vessels used for defence purposes and other peaceful uses, but also measures of prejudgement attachment or seizure (saisie conservatoire) as well as execution or measures in satisfaction of judgement (saisie exécutoire). The post-judgement or execution order will not be considered in the context of the present article, since it concerns not only immunity from jurisdiction but, beyond that, also immunity from execution, a further stage in the process of jurisdictional immunities. (...).

Subparagraph (b) applies to situations in which the State is not named as a party to the proceeding, but is indirectly involved, as for instance in the case of an action in rem concerning State property, such as a warship. The wording adopted on first reading has been simplified on second reading. First, the clause 'so long as the proceeding in effect seeks to compel that... State... to submit to the jurisdiction of the court' was deleted as it was, in the case under consideration, meaningless. The words 'to bear the consequences of a determination by the court which may affect', in the last part of the sentence was also deleted, because it appeared to create too loose a relationship between the procedure and the consequences to which it gave rise for the State in question and could thus result in unduly broad interpretations of the paragraph. To make the text more precise in that regard, those words have therefore been replaced by the words 'to affect'. Lastly, the Commission has deleted paragraph 3, which, given the very elaborate definition of the term 'State' contained in article 2, no longer had any point". A la vista del comentario del párrafo precedente, debe concluirse, según se ha expuesto, que una solicitud de medidas cautelares, bien sean conservativas o anticipatorias, han de considerarse como un proceso incoado o iniciado contra un Estado extranjero, de conformidad con el artículo 6.2 b) de la Convención.

21 En estos casos será de aplicación el párrafo a) del artículo 6.2 de la Convención.

bienes, derechos, intereses o actividades-) no resultaría conforme con el deber de los órganos judiciales de tutelar la adecuada constitución de la relación jurídico-procesal, de conformidad con los mencionados principios de audiencia y defensa²².

22 Esta tesis podría apoyarse en el comentario de la Comisión de Derecho Internacional, anteriormente transcrito (vid. nota 20 anterior), en el sentido de que el párrafo b) se aplicaría a "aquellas situaciones en que el Estado no sea mencionado como parte en el proceso, pero se vea indirectamente implicado". Si la implicación del Estado extranjero ha de ser "indirecta" será porque el proceso, en sí mismo, no le involucra de forma inmediata (lo que exigiría su condición de parte). Y la razón de esa implicación indirecta únicamente se funda en la afectación de sus bienes, derechos, intereses o actividades. En definitiva, el precepto no pone el acento en el contenido del proceso en sí, que es ajeno al Estado extranjero, sino en el hecho de que éste se vea involucrado en él como consecuencia del menoscabo de sus bienes, derechos, intereses o actividades.

Asimismo, la interpretación anterior también estaría sustentada por los antecedentes en la elaboración de la norma y, en particular, por la modificación efectuada en el artículo 7 por el Comité Redactor en sus trabajos sobre la segunda lectura del proyecto de artículos (Documento A/CN.4/L.444, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1990, vol. I, páginas 308 a 318, y Documento A/CN.4/L.457, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1991, vol. I, páginas 66 a 97) respecto del texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 41º periodo de sesiones (Documento A/44/10, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1989, vol. II (2), páginas 97 a 120). En este sentido, el Comité Redactor rechazó la posibilidad de que un Estado pudiera verse compelido a someterse a la jurisdicción de otro Estado en relación con un proceso en el que no fuera designado como parte y procedió a efectuar la distinción entre los supuestos reflejados en los actuales párrafos a) y b) del artículo 6.2 de la Convención. Así, cabe entender que, desde la perspectiva del Comité Redactor, en todo proceso cuyo contenido compeliere a un Estado extranjero a someterse a la jurisdicción de otro Estado, el Estado extranjero debería figurar o ser designado como parte. Consecuentemente, el párrafo b) debe referirse a los supuestos en que el proceso no exige que el Estado extranjero sea parte (en cuyo caso se vería intimado a someterse a la jurisdicción del Estado del foro), pero que, sin embargo, afecta de hecho al Estado extranjero, al menoscabar sus bienes, derechos, intereses o actividades.

En contra de la tesis mantenida en los párrafos precedentes se situaría el ejemplo planteado por el Comité Redactor en los comentarios a su propuesta de proyecto de artículos de 1990 (Documento A/CN.4/L.444, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1990, vol. I, página 311), según el cual el párrafo b) del artículo 6.2 sería aplicable en el caso de una acción planteada contra una entidad distinta del propio Estado pero que esté incluida en la definición del término "Estado" establecida en el artículo 2, apartado 1 b) ("an action instituted against an entity other than the State itself that fell within the definition of the term 'State' laid down in article 2, paragraph 1 (b)"). Sobre la base de este ejemplo se podría construir la tesis contraria a la expuesta anteriormente, de forma que el simple hecho de la designación como parte demandada del Estado en sí mismo considerado (el Reino de Italia, los Estados Unidos de América, etc.) fuera el elemento definitorio para determinar si el párrafo a) o el b) del artículo 6.2.

Ahora bien, esta segunda tesis resultaría totalmente asistemática, ya que la Convención dispone que "para todos sus efectos" serán considerados "Estado" todas las personas y entidades indicadas en el artículo 2.1 b). Por otro lado, los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional al Proyecto de Artículos de 1991 desvirtúan este segundo planteamiento interpretativo, pues en ellos la Comisión manifestó que "paragraph 2, subparagraph (a), applies to all proceedings naming as a party the State itself or any of its entities or persons that are entitled to invoke jurisdictional immunity in accordance with article 2, paragraph 1, subparagraph (b)" (Documento A/46/10, página 24).

En consecuencia, el párrafo objeto de comentario se aplicará a los procesos de los que el Estado extranjero no deba ser parte, pero que, de hecho, tiendan a menoscabar los bienes, derechos, intereses o actividades de ese Estado.

(b) A la vista de los antecedentes legislativos del párrafo b) del artículo 6.2 de la Convención, el requisito de que el proceso *"tienda efectivamente a menoscabar"* ha de interpretarse en el sentido de que el perjuicio de los bienes, derechos, intereses o actividades del Estado extranjero debe ser producido, de forma inmediata o directa, por el proceso en cuestión²³. En consecuencia, el párrafo b) no será aplicable en los casos en que el menoscabo o perjuicio pudiera ser meramente indirecto, hipotético o eventual.

34. Sobre la base de las anteriores consideraciones y, en particular, como consecuencia del respeto de los principios de audiencia y defensa, cabe anticipar que los casos en que el párrafo b) del artículo 6.2 resultará de aplicación serán más bien escasos en el ordenamiento jurídico español. En este sentido, podrían citarse como ejemplos paradigmáticos los consistentes en que un órgano judicial proceda al embargo preventivo de un bien propiedad de un Estado extranjero como consecuencia de una solicitud de medidas cautelares planteadas frente a un tercero; o el de que, en ejecución de una sentencia dictada en un proceso en que el Estado extranjero no haya sido (ni debiera haber sido) parte, se embarguen bienes o activos de ese Estado. La problemática de la aplicación de oficio de la inmunidad de jurisdicción en estos casos será objeto de exposición en el posterior apartado 0.

3. La aplicación de oficio de la inmunidad de jurisdicción en el seno del proceso español: cuestiones y problemática procesal.

35. En cumplimiento del artículo 6.1 de la Convención, los tribunales españoles habrán de resolver de oficio *"la cuestión del respeto de la inmunidad del Estado extranjero"* cuando se incoe un proceso contra él. La obligación de examinar de oficio la propia jurisdicción (o competencia

23 Según resulta de los comentarios al Proyecto de Artículos de 1991 (vid. nota 20 anterior), el inciso "soportar las consecuencias de una decisión del tribunal que pudiera afectar" ("to bear the consequences of a determination by the Court which may affect"), presente en la anterior formulación del artículo 6, precisamente fue eliminado porque creaba una relación demasiado vaga entre el proceso y las consecuencias que podría determinar para el Estado extranjero, lo que podría dar lugar a inadecuadas interpretaciones extensivas. Para conseguir una mayor precisión se incluyó el verbo "menoscabar" ("affect"), combinado con el adverbio "efectivamente" ("in effect"), que transmite la idea de que el proceso debe perjudicar realmente, de hecho, los bienes, derechos, intereses y actividades del Estado extranjero.

judicial internacional, en la terminología que emplea la LEC) es establecida en el artículo 9.6 LOPJ, que prevé que *"la jurisdicción es improrrogable. Los órganos judiciales apreciarán de oficio la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. En todo caso, esta resolución será fundada y se efectuará indicando siempre el orden jurisdiccional que se estime competente"*.

36. En relación con el mandato contenido en el anterior artículo 9.6 LOPJ, el artículo 36.2.1º LEC dispone la obligación de los tribunales civiles españoles de abstenerse de conocer de aquellos asuntos que se les sometan *"cuando se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución conforme a las normas de Derecho Internacional Público"*. Y en términos similares al artículo 9.6 LOPJ, el artículo 38 LEC ordena que *"la abstención a que se refieren los dos artículos precedentes se acordará de oficio, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, tan pronto como sea advertida la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional"*.

37. El órgano judicial deberá ser sumamente escrupuloso en el análisis de la propia jurisdicción, ya que su incorrecta apreciación podrá determinar la nulidad de todo lo actuado, en virtud de lo dispuesto por el artículo 238.1º LOPJ, que sanciona con la nulidad de pleno derecho los actos judiciales que *"se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional"*. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 225.1º LEC.

38. La obligación establecida por el artículo 6.1 de la Convención, en relación con los citados preceptos de la LOPJ y LEC, confiere una especial relevancia al momento procesal de la admisión a trámite de la demanda, en el que, en todo caso, el órgano judicial español habrá de examinar su jurisdicción y determinar si el Estado²⁴ demandado goza o no inmunidad de jurisdicción en el caso concreto.

39. De conformidad con las modificaciones introducidas en los artículos 404 y 440.1 LEC por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, *de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial*²⁵, la decisión de admisión a trámite de la demanda corresponderá al Secretario judicial, mediante decreto. Sólo en el caso de que la existencia de jurisdicción le resulte dudosa al Secretario judicial o aprecie su falta de concurrencia, deberá dar cuenta al órgano judicial para que éste resuelva sobre la admisión. Así, cabe concluir que sólo el Juzgado o Tribunal podrá rechazar la admisión de la demanda por falta de jurisdicción (o bien admitirla a

²⁴ Término que se emplea en el sentido previsto por el artículo 2 de la Convención.

²⁵ B.O.E. núm. 266, de 4 de noviembre de 2009.

trámite cuando inicialmente la existencia de jurisdicción fuera incierta). El artículo 404 LEC establece, en sede de juicio ordinario, lo siguiente:

"1. El Secretario judicial, examinada la demanda, dictará decreto admitiendo la misma y dará traslado de ella al demandado para que la conteste en el plazo de veinte días.

2. El Secretario judicial, no obstante, dará cuenta al Tribunal para que resuelva sobre la admisión en los siguientes casos:

1) cuando estime falta de jurisdicción o competencia del Tribunal o

2) cuando la demanda adoleciese de defectos formales y no se hubiesen subsanado por el actor en el plazo concedido para ello por el Secretario judicial.

3. En los procesos en los que sea de aplicación los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, el Secretario judicial dará traslado a la Comisión Nacional de la Competencia de la resolución admitiendo la demanda en el plazo previsto en el párrafo primero".

40. Asimismo, en sede de juicio verbal, el primer párrafo del artículo 440.1 LEC dispone que *"el Secretario judicial, examinada la demanda, la admitirá o dará cuenta de ella al Tribunal para que resuelva lo que proceda conforme a lo previsto en el artículo 404. Admitida la demanda, el Secretario judicial citará a las partes para la celebración de vista en el día y hora que a tal efecto señale, debiendo mediar diez días, al menos, desde el siguiente a la citación y sin que puedan exceder de veinte"*²⁶.

41. El examen de la jurisdicción por el Secretario judicial y, en última instancia, por el órgano judicial se llevará a cabo a la luz de los extremos de hecho y de derecho alegados por la parte actora en su escrito de demanda, así como sobre la base de los elementos de prueba que con ella se aporten. A este respecto, la carga de la prueba de la ausencia de inmunidad del Estado demandado, esto es, de que el proceso se corresponde con uno de los supuestos contemplados en los artículos 10 a 17 de la Convención, corresponderá al actor.

42. El fundamento del establecimiento de esa carga sobre el demandante se encuentra en que la Convención parte del principio o regla general de la inmunidad de jurisdicción (artículo 5), respecto del que prevé una serie de excepciones o limitaciones en los que esa inmunidad no

26 Antes de la reforma operada por la Ley 13/2009, el artículo 404 LEC disponía que "el tribunal, una vez examinada de oficio su jurisdicción y competencia objetiva y, cuando proceda, territorial, dictará auto admitiendo la demanda y dará traslado de ella al demandado, para que conteste en el plazo de veinte días". Por su parte, el artículo 440.1 LEC establecía que "el tribunal, en el plazo de cinco días, previo examen de su jurisdicción y de su competencia objetiva y, cuando proceda, territorial, dictará auto en el que ordenará, en su caso, la admisión de la demanda y su traslado al demandado y citará a las partes para la celebración de vista, con indicación de día y hora, debiendo mediar diez días, al menos, desde el siguiente a la citación y sin que puedan exceder de veinte".

existe (o *"no se puede hacer valer"*, en palabras de la Convención). Asimismo, la imposición sobre el Estado demandado de la carga de la prueba de la inmunidad de jurisdicción resultaría incompatible con la obligación de los tribunales de reconocer y aplicar de oficio esa inmunidad²⁷, ya que exigiría, en todo caso, la personación y defensa del Estado demandado en el proceso concreto²⁸. En consecuencia, la parte actora habrá de justificar la procedencia de la subsunción del proceso instado por ella en alguno de los supuestos contemplados en los referidos artículos 10 a 17 de la Convención.

43. En el caso de que el órgano judicial aprecie inicialmente, en el momento procesal de admisión a trámite de la demanda, la existencia de jurisdicción, dictará el decreto o, en su caso, el auto, contemplado en el artículo 404 o 440 LEC (en función de si el procedimiento deberá tramitarse por los cauces del juicio ordinario o del juicio verbal), en relación con la respectiva regla 2ª de los apartados 1 y 2 del artículo 206 LEC, emplazando al Estado demandado para contestar a la demanda o citándole para la celebración de la vista. El Estado extranjero se verá entonces obligado a tratar de hacer valer la inmunidad de jurisdicción mediante la declinatoria.

44. Por el contrario, si el órgano judicial aprecia en este momento inicial su falta jurisdicción, como consecuencia de la inmunidad del Estado demandado, deberá conceder a las partes y al Ministerio Fiscal la audiencia prevista en el artículo 38 LEC y el artículo 9.6 LOPJ, a fin de que aquéllas y éste puedan efectuar las alegaciones que estimen pertinentes. Este trámite de audiencia previo al pronunciamiento de una resolución por la que se aprecie la falta de jurisdicción ha sido considerado como de carácter esencial por la jurisprudencia y la práctica

27 En el mismo sentido se pronuncia Fox, H., op. cit., página 177, en relación con la aplicación de la Ley de Inmunidad de los Estados (State Immunity Act) en el Reino Unido: "the burden of proof made under the State Immunity Act is upon the plaintiff, not the defendant State. In the direct action brought by the creditors of the International Tin Council, Staghton J. so held on three grounds: (i) that the plaintiff, if he is to succeed, relies on an exception to the immunity conferred by the State; (ii) that section 1 (2) requires the Court to give effect to immunity of its own motion which is difficult to reconcile with the burden of proof being on the defendant; and (iii) that in most cases service being required to be effected by section 12 through the Foreign and Commonwealth Office will require the plaintiff to show a good arguable case under Order 11 of the Rules of the Supreme Court".

28 El Informe de la Comisión de Derecho Internacional de 1991 afirmaba que "la personación ante los tribunales extranjeros a fin de invocar la inmunidad entrañaría importantes consecuencias económicas para el Estado demandado y, por tanto, no debería constituir necesariamente la condición sobre la que se determinara la cuestión de la inmunidad del Estado" ("Appearance before foreign courts to invoke immunity would involve significant financial implications for the contesting State and should therefore not necessarily made the condition on which the question of State immunity is determined").

judicial. En consecuencia, su omisión determinará la nulidad de todas las actuaciones posteriores, incluida la de la propia resolución en que se estime la falta de jurisdicción²⁹.

45. Ahora bien, la aplicación del artículo 38 LEC y del artículo 9.6 LOPJ en relación con los supuestos de inmunidad de jurisdicción suscita las siguientes cuestiones:

(a) Cabe plantearse si el órgano judicial deberá conceder audiencia al Estado extranjero demandado (notificándole la correspondiente providencia) a pesar de que la demanda aún no se haya admitido a trámite y el demandado todavía no haya sido emplazado. Entiendo que la respuesta ha de ser negativa, por las razones que a continuación se exponen.

En primer lugar, por un motivo exclusivamente formal. Los artículos 38 LEC y 9.6 LOPJ imponen la audiencia de las “partes”. Y antes de su personación o comparecencia en el proceso, el Estado extranjero carece de la condición de parte procesal, por lo que el órgano judicial, antes de la admisión a trámite de la demanda, únicamente deberá dar audiencia a la parte demandante y al Ministerio Fiscal³⁰. La referencia a las “partes” se

29 En este sentido, cabe citar las siguientes resoluciones: SSTS [Sala 1ª] de 1 febrero 1994 (RJ 1994\856) y 1 febrero 1999 (RJ 1999\525), AAP de Castellón (Sección 2ª), de 4 mayo 2005 (JUR 2005\166666), SAP de Gerona (Sección 2ª), de 17 diciembre 2003 (JUR 2004\59836), SAP de Albacete (Sección 2ª), de 15 febrero 2002 (JUR 2002\101889) y AAP de la Rioja, de 25 noviembre 2002 (JUR 2003\31959).

En concreto, la STS de 1 febrero 1999 afirma que “en la Sentencia de esta Sala de 1 de febrero de 1994 se resuelve el mismo caso aquí planteado y se da la solución adecuada que no es otra que retrotraer las actuaciones al momento en que se produjo el defecto procesal causante de la indefensión y que ahora se reitera en la presente sentencia. Dice aquella sentencia literalmente, en su fundamento de derecho segundo, segundo párrafo, segundo inciso: ‘llevó al Juzgado a entender que su examen en ésta procedía de oficio, lo cual es correcto, pero precisaba dar cumplimiento a lo prevenido en el art. 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Siendo así, han de reponerse las actuaciones al estado y momento en que se incurrió en la falta (art. 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), dado que se trata de un defecto esencial que privó al órgano jurisdiccional de conocer las eventuales alegaciones de una de las partes sobre una cuestión determinante de la resolución, con la consiguiente indefensión para el actor, y, por otro lado, impidió que el Ministerio Fiscal cumpliera su misión en defensa de la legalidad y del interés público manteniendo la integridad de la jurisdicción y competencia de los Jueces y Tribunales, por todo lo cual se trata de un defecto insubsanable”.

Ahora bien, cabe reseñar que la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha estimado que la omisión del trámite de audiencia del Ministerio Fiscal previsto en el artículo 9.6 LOPJ no determina la nulidad de actuaciones, al ser un defecto cuya subsanación se produce en virtud del dictamen que sea emitido por el Ministerio Fiscal en el trámite de recurso, conforme al principio de economía procesal [SSTS (Sala 4ª) de 23 mayo 1988, 14 junio 1988, 27 septiembre 1988 y 21 noviembre 1988 (RJ 1988\4270, RJ 1988\5283, RJ 1988\7120 y RJ 1988\8835) y 17 marzo 1989 y 23 octubre 1989 (RJ 1989\1873 y RJ 1989\7310)].

30 En apoyo de este argumento cabe apuntar que, en relación con la apreciación de oficio de la competencia territorial, el artículo 58 LEC establece con mayor precisión que “cuando la competencia territorial venga fijada por reglas imperativas, el Secretario judicial examinará la competencia territorial inmediatamente después de presentada la demanda y, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, si entiende que el Tribunal carece de competencia territorial para conocer del asunto, dará cuenta al Juez para que resuelva lo que

debe a que los citados preceptos están redactados para que su aplicación resulte posible en cualquier momento del procedimiento.

En segundo lugar, la concesión de audiencia al Estado extranjero demandado dejaría sin objeto el trámite específico establecido por la ley para que el demandado pueda formular alegaciones y aportar pruebas a fin de fundar la inmunidad de jurisdicción: la declinatoria. Asimismo, eventualmente daría lugar a una duplicidad de trámites con idéntico o similar objeto, con el consiguiente menoscabo del principio de economía procesal.

Esa reiteración o multiplicación de trámites procesales resulta aún más evidente si se entiende que la regulación de los incidentes (artículos 387 a 393 LEC) es de aplicación supletoria al incidente especial previsto en el artículo 38 LEC y en el artículo 9.6 LOPJ³¹. La supletoriedad del régimen de los incidentes determinaría, por ejemplo, que además del

proceda mediante auto, remitiendo, en su caso, las actuaciones al Tribunal que considere territorialmente competente. [...]”.

Asimismo, el artículo 725.1 LEC, en sede de medidas cautelares, establece que “cuando las medidas se soliciten con anterioridad a la demanda, no se admitirá declinatoria fundada en falta de competencia territorial, pero el tribunal examinará de oficio su jurisdicción, su competencia objetiva y la territorial. Si considerara que carece de jurisdicción o de competencia objetiva, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del solicitante de las medidas cautelares, dictará auto absteniéndose de conocer y remitiendo a las partes a que usen de su derecho ante quien corresponda si la abstención no se fundara en la falta de jurisdicción de los tribunales españoles...”.

Asimismo, la SAP de Almería (Sección 3ª), de 18 julio 2003 (AC 2003\1428) afirma que “es irrelevante que el Juzgado, en el auto de admisión de la demanda se hubiese declarado competente pues el art. 38 de la LEC preceptúa que la falta de jurisdicción se acordará tan pronto como sea advertida, y ello puede ocurrir no sólo al inicio del proceso lo que, previa audiencia del Fiscal al no estar aún personada la parte demandada, conduciría a la inadmisión de la demanda, sino en cualquier momento posterior y, singularmente a raíz de la contestación de la parte demandada, en que queda definitivamente configurado el objeto del proceso, de manera que si el Juzgado detecta en el acto del Juicio, ya sea por las alegaciones de las partes, ya sea por el resultado de las pruebas practicadas, una posible incompetencia de Jurisdicción deberá pronunciarse al respecto en la actuación procesal subsiguiente que no es otra que la sentencia”.

31 A favor de esta aplicación supletoria se ha pronunciado Díez-Picazo, I., quien sostiene que “la abstención de oficio debe producirse previa sustanciación de un incidente en el que deberá darse audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal. La LEC no prevé tramitación especial para este incidente, salvo la obvia especialidad de que se incoa de oficio. Se trata de un incidente de previo pronunciamiento que se inicia mediante providencia del tribunal dando plazo a las partes y al Ministerio Fiscal para realizar alegaciones. En lo demás deben aplicarse los aptdos. 3, 4 y 5 del art. 393”.

También Garcíandía González, P., en Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil [Córdón Moreno, F. et al.], Cizur Menor, 2001, página 1.293, sostiene que “todas estas cuestiones (entre las que incluye la abstención de oficio del juez por falta de jurisdicción o de competencia) se resuelven con carácter previo a la cuestión principal y [...] generalmente con suspensión del curso de las actuaciones del proceso. No obstante, puesto que estos procedimientos concretos pudieran adolecer de alguna laguna, debido a la parquedad de su regulación, entendemos con otros autores que ha de ser posible la aplicación subsidiaria de aquellos trámites del procedimiento común”. Las consideraciones de Díez-Picazo, I. anteriormente transcritas son recogidas ad pedem litterae en la SAP de Albacete, de 15 febrero 2002 (JUR 2002\101889).

trámite de alegaciones (para el que el Estado extranjero dispondría de cinco días, ex artículo 393.3 LEC), el demandado fuera citado a una vista, que se desarrollaría conforme a lo dispuesto para el juicio verbal y en la que podría practicarse prueba. Así, si finalmente se admitiera a trámite la demanda, la concesión del trámite de audiencia al Estado extranjero podría terminar siendo más gravosa para él que el caso más habitual, como sería el de la simple interposición de la declinatoria tras el emplazamiento para contestar a la demanda.

En tercer lugar, el artículo 6.1 de la Convención y el principio de la inmunidad de jurisdicción se orientan a evitar que el Estado extranjero se vea obligado a comparecer en el proceso a fin de sostener esa inmunidad. En consecuencia, la obligatoria concesión del trámite de audiencia (con la consiguiente intimación a la formulación de alegaciones) resultaría contraria al espíritu del artículo 6.1 de la Convención y al principio de inmunidad de jurisdicción.

- (b) Aceptando la aplicación supletoria del régimen de los incidentes, también cabe preguntarse cuál será la prueba que podrá aportar o proponer el actor al formular sus alegaciones sobre la falta de jurisdicción apreciada inicialmente por el órgano judicial, o en el seno de la vista prevista en el artículo 393.3 LEC.

Dado que la carga de la prueba de la existencia de jurisdicción recae sobre el demandante y que éste se encuentra obligado a aportar con el escrito de demanda todos los documentos y demás pruebas en que funde o apoye el derecho a la tutela judicial que pretende (artículo 265 LEC), en los indicados trámites procesales el actor únicamente estará facultado para aportar o solicitar la práctica de elementos de prueba de carácter complementario, adicional o clarificador, a la vista de las consideraciones que haya efectuado el órgano judicial al suscitar de oficio el incidente. Por el contrario, el demandante no podrá aportar ni proponer la práctica de aquellos otros medios de prueba que debiera haber acompañado preceptivamente con el escrito de demanda. De otro modo, se infringiría el espíritu y finalidad de los artículos 265 y 269 LEC, pues la existencia de jurisdicción es un elemento en que el demandante debe fundar su derecho a obtener la tutela judicial que pretende del concreto órgano judicial ante el que presenta su demanda.

En cambio, el actor sí podrá presentar aquellos documentos que se encuentren en los casos previstos en el artículo 270 LEC, así como aportar y proponer los medios de prueba que resulten necesarios para acreditar aquellos hechos nuevos o de nueva noticia que hayan acaecido o se hayan conocido con posterioridad a la presentación de la demanda y que resulten relevantes para la decisión inicial sobre la existencia de jurisdicción y la

admisión a trámite de la demanda. La alegación del hecho nuevo o de nueva noticia (tanto en el trámite de alegaciones escritas como en el acto de la vista) deberá ir acompañada de la simultánea proposición de prueba, ya que el trámite de audiencia al demandado previsto en el artículo 286.2 no resultará posible (al no estar aún personado). En todo caso, y de admitirse finalmente a trámite la demanda, el Estado demandado podrá en su escrito de declinatoria negar el hecho nuevo o de nueva noticia alegado por el actor y proponer prueba a fin de desvirtuarlo.

46. Tras los descritos trámites derivados de la aplicación de los artículos 9.6 LOPJ y 38 LEC, si el órgano judicial siguiera apreciando su falta de jurisdicción, dictará auto de inadmisión a trámite de la demanda, de conformidad con el artículo 206.1.2º LEC. Ese auto podrá ser recurrido en apelación por la parte actora, al amparo del artículo 66.1 LEC, así como del artículo 455 LEC, en relación con el artículo 207 del mismo cuerpo legal, al tratarse de un auto definitivo, ya que pone fin a la primera instancia.

47. Uno de los argumentos que podría ser esgrimido a fin de combatir en apelación este auto es el de que la inadmisión de la demanda por razón de la inmunidad de jurisdicción supone una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción. A este respecto, se podría sostener que, refiriéndose la inmunidad a una cuestión en gran medida material –o de fondo- y no puramente formal, el órgano judicial debería ordenar la incoación del proceso. De esta forma, se podría llegar a conocer la posición y argumentos del Estado demandado (quien eventualmente podría someterse a la jurisdicción) y el tribunal tendría mayores elementos de juicio a la hora de decidir sobre la inmunidad y emitir una resolución que, de hecho y en su caso, cerraría al demandante las puertas de acceso a la jurisdicción. En esta línea cabría alegar la doctrina constitucional sobre la obligación de interpretar la legalidad de la forma más favorable para lograr la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, así como el principio de excepcionalidad de los casos de inadmisión a trámite de la demanda, establecido en el artículo 403 LEC, según el cual *"las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley"*.

48. Ahora bien, una argumentación como la expuesta no resulta atendible por las siguientes razones:

(a) En primer lugar, resultaría contraria a la obligación de los tribunales españoles de pronunciarse y apreciar de oficio la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en los procesos que sean incoados contra ellos, establecida por el artículo 6.1 de la Convención. Asimismo, supondría establecer una suerte de obligación o de presunción

favorable a la admisión de las demandas planteadas contra Estados extranjeros, contraria al deber que pesa sobre los órganos judiciales de examinar de oficio su propia jurisdicción.

- (b) En segundo lugar, el Tribunal Constitucional tiene declarado de forma absolutamente consolidada que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de carácter prestacional, de configuración legal y no ilimitado, y que, en su vertiente de derecho de acceso al proceso, no resulta infringido o vulnerado cuando el órgano judicial emite una resolución de inadmisión fundada en una causa establecida legalmente³². En la materia objeto de análisis, esa causa legal se encontraría en el propio artículo 6.1 de la Convención, en relación con los citados artículos 9.6 LOPJ y 36.2.1º LEC.

49. Por otro lado, en relación con el análisis del Tribunal de su propia jurisdicción, así como de la eventual inadmisión de oficio, se ha mantenido que, dado el carácter renunciante de la inmunidad de jurisdicción (y en concreto, la posibilidad de renuncia tácita), la abstención de oficio sólo podría producirse después de la expiración del plazo concedido al Estado extranjero para comparecer ante el Tribunal español y contestar a la demanda, siempre y cuando esa comparecencia no haya tenido lugar³³.

32 A este respecto, cabe citar, entre otras muchas, la STC [Sala 1ª], de 30 octubre 2000 (RTC 2000\259), en cuyo Fundamento de Derecho Segundo se afirma que “según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión se satisface generalmente mediante una resolución de fondo, basada en el sistema de fuentes, que esté motivada y sea razonable y congruente con las pretensiones deducidas; pero ello no impide que sea constitucionalmente correcta una resolución de inadmisión siempre que, atendida la existencia de un requisito procesal, así se declare de manera fundada mediante la aplicación razonada de una causa legal y a condición de que el razonamiento responda a una interpretación de las normas legales de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental (STC 39/1999, de 22 de marzo [RTC 1999, 39], F. 3; SSTC 40/1994, de 15 de febrero [RTC 1994, 40], 32/1991, de 14 de febrero [RTC 1991, 32], entre otras)...”.

33 Gascón Inchausti, F., *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Banacloche Palao, J. y otros, Cizur Menor, 2005, página 98, sostiene que “la única norma que se ocupa directamente de la cuestión es el artículo 36.2.1º LEC, que prevé su control de oficio y ordena a los tribunales españoles abstenerse de conocer cuando se haya formulado demanda contra sujetos que gocen de inmunidad de jurisdicción conforme a las normas del Derecho Internacional Público; además, en aplicación del artículo 38, cabe entender que esta abstención de oficio resultará posible en cualquier momento del proceso, tan pronto como se advierta la inmunidad de jurisdicción, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal.

La LEC parece reconocer con ello el carácter absoluto de las inmunidades de jurisdicción, aunque en buena medida esto choca con la construcción de esta figura por las normas y, sobre todo, por la costumbre internacional: en efecto, la inmunidad jurisdiccional puede ser objeto de renuncia expresa por sus beneficiarios; y se admite también la renuncia tácita, que consistiría en que, una vez emplazado, el beneficiario de la inmunidad no la alegara y se defendiera en el proceso en cuanto al fondo. En el ámbito de la inmunidad diplomática y consular la cuestión de la renunciabilidad presenta matices distintos, pues el artículo 32.1 de la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas y el artículo 45.1 de la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares sólo permiten que sea objeto de renuncia expresa por el Estado acreditante, sin que sea posible la renuncia a la misma

50. No obstante la autoridad de los autores que han mantenido la anterior tesis, y de su carácter sugestivo, entiendo que el artículo 6.1 de la Convención precisamente exige una reinterpretación de la inmunidad de jurisdicción en su vertiente procesal. En este sentido, considero que la posición y argumentos desgranados en los párrafos anteriores se adecúan, con mayor coherencia, al tenor literal del artículo 6.1 de la Convención, así como a su espíritu, y son confirmados por una interpretación sistemática del citado artículo 6.1 y los distintos párrafos del artículo 36.2 LEC. En efecto, el primer párrafo de este último precepto establece un mandato, dirigido a los órganos judiciales, de abstenerse de conocer de aquellos asuntos en los que *“se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución conforme a las normas del Derecho Internacional Público”*. Se trata de una norma que no hace depender la abstención de la conducta del demandado, sino que establece un auténtico deber de apreciación de oficio de la inmunidad de jurisdicción, en términos muy similares o plenamente equiparables al artículo 6.1 de la Convención. El artículo 36.1.1º LEC atiende al momento inicial del proceso (*“cuando se haya formulado demanda”*), no a un trámite ulterior (sin que presuma la estricta incoación del proceso mediante la admisión a trámite de la demanda)³⁴.

por parte del concreto agente diplomático o funcionario consular a quien se demande en un caso concreto. En cualquier caso, y teniendo en cuenta los datos anteriores, tal vez tendría sentido que la abstención de oficio sólo se hiciera efectiva una vez hubiera precluido el plazo concedido al demandado para comparecer o, cuando menos, para hacer valer su inmunidad: porque su silencio y su incomparecencia nunca conllevarán la renuncia tácita a dicho privilegio, sino que de ellas ha de deducirse, antes bien, que su beneficiario se está acogiendo a la inmunidad; en cambio, su comparecencia puede ser instrumento para una legítima renuncia a la inmunidad, que permitiría al tribunal español seguir conociendo del proceso”.

En su obra *Inmunidades Procesales y Tutela Judicial frente a Estados Extranjeros*, Cizur Menor, 2008, página 258, Gascón Inchausti, F. mantiene, en la misma línea, que *“una apreciación a limine que condujera a una inadmisión a trámite de la demanda, conculcaría el carácter disponible de las normas que rigen la inmunidad de jurisdicción y privaría al Estado de su facultad de someterse al tribunal elegido por el actor”*.

Por su parte, Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F.J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Cizur Menor, 2007, página 64, mantienen que *“la inmunidad ha de controlarse ex officio, no obstante, al Estado extranjero debe notificársele la presentación de la demanda para darle la posibilidad de ejercitar ese derecho de renuncia, o incluso para prevenir una calificación errónea por el juez nacional (p. ej., que considere como acto iure gestionis, lo que en realidad es iure imperio”*.

34 A este respecto, respetuosamente discrepo del criterio de Gascón Inchausti, F., en *Inmunidades...*, página 258, quien sostiene que *“en rigor, lo que infringe la inmunidad es que el Estado no advierta la concurrencia de la inmunidad; pero admitir a trámite una demanda, a sabiendas de la inmunidad, en espera de la reacción del Estado demandado y con la vista puesta en sobreeser el proceso si no hay sumisión es perfectamente compatible con el fundamento de esta institución, pues se garantiza que no habrá pronunciamiento sobre el fondo si no hay consentimiento del Estado. De hecho, el artículo 6.1 CNU no exige esa inadmisión a trámite de la demanda, sino sólo un control de oficio y una abstención, que parten de la premisa de un proceso ya incoado –y, por tanto, de una demanda ya admitida a trámite–”*.

51. Ahora bien, el posterior párrafo 3º del artículo 36.2 LEC dispone que la abstención del Tribunal deberá producirse *“cuando no comparezca el demandado emplazado en debida forma, en los casos en que la competencia internacional de los tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión tácita de las partes”*. Esta segunda norma (que es aquella cuya aplicación podría sostener la tesis objeto de comentario y contradicción) regula un caso distinto al de la inmunidad de jurisdicción (o ejecución), según pone de relieve su ubicación sistemática. En efecto, no se refiere a aquellos casos en que la ausencia de jurisdicción dependa de la identidad del demandado (un Estado extranjero), sino a aquellos otros en que, por razón de las concretas circunstancias del demandado o de la materia objeto de litigio, no existe un foro de competencia judicial internacional (domicilio del demandado, foro de ataque o de protección) que atribuya a los Tribunales españoles el conocimiento del pleito. Por este motivo debe aguardarse a la decisión que el demandado pueda tomar sobre su sometimiento a la jurisdicción de los órganos judiciales de España.

52. Asimismo, el artículo 36.2.3º LEC parte de la premisa de que la demanda ha sido ya admitida a trámite. Sin embargo, por las razones expuestas anteriormente el establecimiento de una especie de obligación o de presunción favorable a la admisión de las demandas planteadas contra Estados extranjeros (a fin de permitirles hacer valer la inmunidad de jurisdicción, siquiera con su posterior incomparecencia) sería incompatible con el principio general de inmunidad establecido por el artículo 5 de la Convención, con la finalidad y espíritu de su artículo 6.1 y contraria a la obligación de los órganos judiciales de examinar de oficio su propia jurisdicción.

53. Una vez constatada la incomparecencia del Estado extranjero (tras su emplazamiento), cabe entender que la tramitación del incidente contemplado en el artículo 38 de la LEC quedaría

A la vista del proceso de redacción del artículo 6 de la Convención, considero que este precepto no asume, como premisa, la incoación, stricto sensu, del proceso, ni por ende, la admisión a trámite de la demanda. El artículo 6.1 está dirigido a evitar que un Estado extranjero se vea sometido a la jurisdicción de otro Estado (lo que tendrá lugar en un proceso ante sus tribunales). Pero ese sometimiento se produce desde la misma admisión a trámite de la demanda, que, en consecuencia, no deberá producirse cuando se aprecie la inmunidad o, dicho de otra forma, cuando la jurisdicción no le aparezca como sólidamente fundada al órgano judicial.

Además de los referidos antecedentes del artículo 6.1, en el curso del proceso de redacción, cabe llamar la atención sobre el hecho de que la palabra “incoado” no figure en la redacción en lengua inglesa del artículo 6.1, según la cual “a State shall give effect to State immunity under article 5 by refraining from exercising jurisdiction in a proceeding before its courts against another State and to that end shall ensure that its courts determine on their own initiative that the immunity of that other State under article 5 is respected”. Por el contrario, en la versión inglesa del apartado 2 del artículo 6 el término correspondiente a “incoado” en la versión española es “instituted” (“iniciado”), lo que lleva a pensar que el término “incoado” del apartado 1 no ha sido empleado en sentido estricto (máxime cuando, según el apartado 2, para que un proceso se entienda “incoado” contra un Estado basta su “mención como parte en el proceso”).

prácticamente sin objeto³⁵. Si el órgano judicial admitió a trámite la demanda sin convencimiento pleno o afirmación razonable de su jurisdicción, con la sola finalidad de permitir al Estado extranjero someterse tácitamente mediante la comparecencia y aceptación de la jurisdicción, parece contradictorio que el demandante o, en su caso, el Ministerio Fiscal, pueda posteriormente añadir razones o pruebas adicionales para sostener la jurisdicción (pues el actor debería haberlas ya alegado o presentado con la demanda).

54. Desde otra perspectiva, si la falta de comparecencia del Estado implica (de existir inmunidad) que aquél se acoge a ese privilegio, la posible continuación del proceso, tras la tramitación del incidente contemplado en el artículo 38 de la LEC, puede abocar al Estado extranjero a ser sujeto de una condena en situación de rebeldía (a pesar de que, según la tesis objeto de comentario, el Estado debería poder confiar en que el procedimiento debería finalizar por apreciación de la inmunidad).

55. Entiendo que la admisión a trámite de la demanda, incluso tras el incidente contemplado en el artículo 38 de la LEC, sólo cuando la jurisdicción esté sólidamente fundada permite una tramitación más segura del proceso, impidiendo el pronunciamiento de sentencias en situación de rebeldía involuntaria (con la inseguridad que ésta genera) y exige al Estado extranjero que defienda su inmunidad de jurisdicción (si ésta es su voluntad, pues puede someterse tácitamente) únicamente cuando el demandante ha satisfecho debidamente la carga que le corresponde y el tribunal está convencido, o razonablemente convencido, de que puede enjuiciar al Estado extranjero. En relación con los casos dudosos, se hace remisión al posterior apartado 7 de este epígrafe.

56. Finalmente, aunque sea un argumento más práctico que teórico, el número de casos en que un Estado extranjero renuncia a una inmunidad de jurisdicción que puede hacer valer es, desde un punto de vista estadístico, extraordinariamente reducido. En consecuencia, no parece razonable que toda demanda contra un Estado extranjero dé lugar al movimiento de la maquinaria de la Administración de Justicia a fin de conceder al demandado la oportunidad de renunciar a su inmunidad de jurisdicción. Si la inmunidad de jurisdicción es clara o, dicho de otra

35 Gascón Inchausti, F., en *Inmunidades...*, página 259, mantiene que "lo más razonable y coherente con la facultad de sumisión tácita es que el tribunal admita a trámite la demanda, aunque en principio considere que el Estado demandado se beneficia de la inmunidad de jurisdicción; y, una vez transcurrido el plazo para que el Estado extranjero demandado comparezca sin que lo haya hecho, habrá de dar audiencia al demandante y al Ministerio Fiscal para después dictar auto apreciando la inmunidad, declarando su falta de jurisdicción y sobreseyendo el proceso".

forma, si no es desvirtuada por el demandante, el órgano judicial debe rechazar la admisión a trámite de la demanda³⁶.

36 En relación con la cuestión analizada, cabe citar el auto de 13 enero 2009, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (AC 2009\561), en el que la Sala confirmó el auto del Juzgado de Primera Instancia en el que se había acordado la inadmisión a trámite de la demanda contra el Cónsul de Brasil en Barcelona. Según el auto, "ante todo, es de interés destacar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución Española, los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento jurídico interno, lo que supone su obligada aplicación por jueces y tribunales, disponiéndose en el reseñado precepto que para denunciar los tratados y los convenios internacionales será preciso seguir el mismo procedimiento establecido para su aprobación en el artículo 94, y la vigencia y aplicabilidad de la Convención de Viena citado en la resolución de instancia no ha sido discutida por lo que no es admisible la pretensión de la parte recurrente de que no se aplique. Tampoco es admisible la alegación de que la resolución de instancia haya podido vulnerar el principio de tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución porque la protección jurisdiccional de los derechos debe ejercitarse de acuerdo con el ordenamiento jurídico y se obtiene la expresada tutela judicial siempre que recaiga una resolución fundada en Derecho. En este sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional en sentencia de 18 de octubre de 2004 (RTC 2004, 174), entre otras, al indicar que 'el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de los litigantes a obtener de los jueces y tribunales una resolución motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, que también puede ser de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial'.

Finamente y en último lugar, la falta de jurisdicción internacional de los tribunales españoles para conocer de la demanda planteada contra el Cónsul de Brasil en esta ciudad, resulta de lo dispuesto en el artículo 36-2 de la LEC conforme al cual los tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando se haya formulado demanda respecto de sujetos que gocen de inmunidad de jurisdicción conforme a las normas de Derecho Internacional Público.

La inmunidad de jurisdicción referida ha de ser reconocida al Cónsul demandado porque así resulta del artículo 43 del citado Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963 que dispone que 'Los funcionarios consulares y los empleados consulares no estarán sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado receptor por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares'.

A su vez, el artículo 5 describe cuales sean estas funciones consulares y entre las mismas incluye lo referido a la extensión de visados o documentos adecuados a las personas que deseen visitar al Estado de que se trate, de donde hay que concluir que si lo denunciado en la demanda es precisamente la no entrega de visado (según la actora porque se le manifestó que no era necesario), la actuación que se discute entra dentro del ámbito competencial propio de la función consular y por consiguiente, el agente al que se le atribuye está protegido por la inmunidad de jurisdicción".

Igualmente, cabe referirse al singular caso resuelto por el auto de 7 octubre 2008, de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid (AC 2009\170), en que también se confirmó el auto del Juzgado de Primera Instancia, que había inadmitido a trámite una demanda dirigida contra el "Vicario de Cristo, en su persona física, como Jefe de la Iglesia de Pedro", en ejercicio de la "acción para rehabilitar la Orden del Temple". El Juzgado apreció la inmunidad de jurisdicción del Papa.

Según la Sala, "no obstante, a fin de colmar el derecho a la tutela que con tanto afán invoca la Asociación demandante, abundamos en la decisión pronunciada en el primer grado de jurisdicción y añadimos que el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al que remite el artículo 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no atribuye a los tribunales del orden jurisdiccional civil del Estado Español el conocimiento de la acción innominada (en la demanda se intitula reivindicativa del derecho que asiste a la actora) que tiende a la rehabilitación del Orden del Temple y a la revisión del proceso que terminó con una suspensión provisional sin juicio, dejando implícitamente sin

57. Tras la admisión a trámite de la demanda, se ordenará el emplazamiento del Estado demandado en la forma prevista en el artículo 22 de la Convención, a fin de que proceda, en su caso, a contestarla. Una vez notificada la demanda, el Estado extranjero podrá plantear la inmunidad de jurisdicción mediante la declinatoria, que habrá de proponer dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, en el caso del juicio ordinario, o en los cinco primeros días posteriores a la citación para la vista, en el caso del juicio verbal, de conformidad con el artículo 64.1 LEC³⁷. Los trámites posteriores figuran en el artículo 65 LEC y el régimen de recursos en el artículo 66 LEC.

58. Finalmente, la inmunidad de jurisdicción podrá ser apreciada de oficio durante el curso del proceso, en cualquier momento (incluso tras la desestimación de la declinatoria), o en trámite de recurso, habiendo de respetarse los trámites ordenados por los artículos 9.6 LOPJ y 38 LEC.

59. En el caso del juicio ordinario, si la cuestión de la inmunidad de jurisdicción se suscitara por el órgano judicial en el trámite de la audiencia previa al juicio, entiendo que será en esa audiencia donde se podrá dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 9.6 LOPJ y 38 LEC. Así puede desprenderse del párrafo segundo del artículo 416.2 LEC y también del artículo 391.2º de la ley adjetiva³⁸. En consecuencia, en la audiencia previa las partes podrán formular las alegaciones que estimen procedentes y proponer la prueba pertinente a fin de sustentar la existencia o inexistencia de jurisdicción, con los límites, en todo caso, impuestos por los artículos 265, 269 y 286 LEC.

60. Con posterioridad a la audiencia previa se concederá el correspondiente trámite de audiencia al Ministerio Fiscal. Para aquellas pruebas que no puedan practicarse en el seno de la audiencia previa se convocará a las partes y al Ministerio Fiscal a la vista prevista en el artículo 393.3 LEC.

efecto una Ordenanza Apostólica adoptada en el Concilio de Vienne celebrado en el año 1312, que conlleva el reconocimiento por la Iglesia Romana de todos los hechos crono históricos y hiero históricos que se describen en la demanda, de ahí que se dirija contra el Vicario de Cristo en su persona física, como Jefe de la Iglesia de Pedro. El Juzgado y este Tribunal del orden civil carecemos de jurisdicción, en virtud de los criterios de competencia objetiva que se utilizan en el citado artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para conocer del asunto en razón a la materia y a la personalidad del demandado, que goza de inmunidad de jurisdicción".

37 Según este precepto, "la declinatoria se habrá de proponer dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, o en los cinco primeros días posteriores a la citación para la vista, y surtirá el efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar, o el cómputo para el día de la vista, y el curso del procedimiento principal, suspensión que acordará el Secretario judicial".

38 El primer párrafo del artículo 416.2 LEC impide al demandado, en el acto de la audiencia previa, plantear la cuestión de la falta de jurisdicción que hubiera debido plantear mediante declinatoria. En efecto, según este precepto, "en la audiencia, el demandado no podrá impugnar la falta de jurisdicción o de competencia del tribunal, que hubo de proponer en forma de declinatoria según lo dispuesto en los artículos 63 y siguientes de esta Ley".

61. Por lo que se refiere al curso de la audiencia previa, considero que deberá suspenderse tras el planteamiento de oficio de la cuestión de la inexistencia de la jurisdicción y hasta su resolución por el órgano judicial, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 390 LEC, según el cual "*cuando las cuestiones supongan, por su naturaleza, un obstáculo a la continuación del juicio por sus trámites ordinarios, se suspenderá el curso de las actuaciones hasta que aquéllas sean resueltas*".

62. Las precedentes consideraciones serán igualmente aplicables, *mutatis mutandis*, si la cuestión de la falta de jurisdicción se suscitara de oficio en el acto del juicio del procedimiento ordinario o en el de la vista del juicio verbal, que también habrán de suspenderse hasta la resolución del incidente.

63. ¿*Quid iuris* en los supuestos dudosos? Como siempre en Derecho, los principales problemas se plantean en aquellos casos ubicados en las zonas grises del sistema, en los que la inexistencia de inmunidad de jurisdicción no resulta apreciable con claridad. La solución a estos supuestos entiendo que puede construirse sobre la base de la siguiente distinción:

- (a) En la fase inicial del proceso (en el momento de admisión a trámite de la demanda), el Secretario judicial o Tribunal deberá proceder a su admisión cuando albergue serias dudas sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero o, dicho de otro modo, en los supuestos en que, a la vista de los hechos y razones alegadas al efecto por el actor, la jurisdicción del órgano judicial para conocer del asunto aparezca sólidamente fundada. En el decreto o auto de admisión a trámite de la demanda, el Secretario judicial o Tribunal deberá exponer las razones en que ha fundado el juicio sobre la jurisdicción para conocer del litigio, de forma que el Estado demandado, si así lo desea, pueda tratar de rebatirlas en su escrito de declinatoria.

En los demás casos, la demanda se deberá inadmitir a trámite, solución ésta que resulta coherente con el principio general de inmunidad establecido por la Convención en su artículo 5, con el régimen de distribución de la carga de la prueba sobre la existencia de jurisdicción o, lo que es lo mismo, sobre la inexistencia de inmunidad, y con el espíritu y sentido del artículo 6 de la Convención, según se ha expuesto anteriormente.

- (b) Tras la presentación, en su caso, de escrito de declinatoria por el Estado demandado, sosteniendo la inmunidad de jurisdicción, el órgano judicial sólo podrá desestimarla cuando las alegaciones y pruebas del Estado extranjero no hayan conseguido desvirtuar o rebatir, en ningún grado, los hechos y razonamientos jurídicos alegados al efecto por el demandante y la inicial apreciación del órgano judicial sobre la existencia de jurisdicción.

En el caso de que, tras la declinatoria del demandado, surjan dudas o se acrecienten las inicialmente leves, el órgano judicial deberá pronunciarse a favor de la inmunidad y estimar la declinatoria. En definitiva, la continuación del procedimiento incoado contra el Estado extranjero estará condicionada a que el órgano judicial no albergue dudas o esté convencido de su jurisdicción para conocer del pleito.

64. Las anteriores consideraciones serán también aplicables cuando la cuestión de la inmunidad de jurisdicción se plantee en el curso del procedimiento (incluso tras la formulación de declinatoria) o en trámite de recurso, en los que la duda sobre la existencia de jurisdicción deberá determinar la terminación del proceso, con el correspondiente archivo, sin entrar a decidir sobre el fondo del asunto o, en su caso, la revocación de la decisión que se hubiera pronunciado por el órgano judicial de grado inferior y la apreciación de la falta de jurisdicción.

65. Entiendo que la solución anterior, fundada en la distinción de momentos procesales y en la realización de un examen o *test* de razonable certeza sobre la inexistencia de inmunidad, concilia, de un lado, el principio general de inmunidad de jurisdicción y, de otro lado, el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales. Asimismo, permitirá, cuando así se desee por el Estado extranjero, la renuncia tácita a la inmunidad. Finalmente, esta construcción se orienta a procurar una actuación del Reino de España que resulte conforme con el régimen de responsabilidad por ejecución de actos internacionalmente ilícitos (como es la falta de reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción en los casos en que ésta procede).

66. En efecto, en el primer caso (momento de incoación del proceso), la razonable existencia de jurisdicción (pese a las dudas sobre la concurrencia de inmunidad) conducirá a la admisión a trámite de la demanda, posibilitando así el ejercicio del derecho a obtener la tutela judicial efectiva y una respuesta en Derecho a la pretensión planteada por el demandante (que incluso podrá ser de posterior rechazo de la existencia de jurisdicción). Bien podría ocurrir que el Estado extranjero decidiera intervenir en el proceso, sin limitar su actuación al simple planteamiento de la inmunidad de jurisdicción³⁹.

67. En el segundo caso (en el trámite de resolución de la declinatoria planteada por el Estado demandado, en el curso del proceso o incluso en fase de recurso), los términos del examen se invierten, de modo que la aparición de dudas, o el agravamiento o incremento de las inicialmente

³⁹ A este respecto, la declaración expresa o comunicación escrita del Estado extranjero en el proceso en cuestión, consintiendo el ejercicio de la jurisdicción por el Tribunal (párrafo c) del artículo 7.1 de la Convención), podría despejar, o dejar sin efecto, las leves dudas iniciales que pudieran concurrir.

leves, sobre la concurrencia de inmunidad deberá determinar la estimación de la declinatoria o, en su caso, la apreciación de la falta de jurisdicción tras la tramitación del correspondiente incidente.

4. Análisis de un supuesto de aplicación del artículo 6.2 b) de la convención.

68. Según se ha indicado en el anterior apartado 0, los ejemplos más claros que cabe construir de procesos en que el Estado extranjero no sea designado como parte pero que *"tiendan efectivamente a menoscabar sus bienes, derechos, intereses o actividades"*, estarían representados por aquellos casos en que un órgano judicial proceda, o vaya a proceder, al embargo preventivo de un bien propiedad de un Estado extranjero como consecuencia de una solicitud de medidas cautelares planteadas frente a un tercero; o el caso en que, en ejecución de una sentencia dictada en un proceso por completo ajeno al Estado (del que no hubiera ni debiera haber sido parte), se embarguen o se pretendan embargar bienes o activos de ese Estado.

69. En los anteriores supuestos, el Estado extranjero resulta un tercero respecto del proceso cautelar o de ejecución, no obstante lo cual sus bienes son objeto (actual o previsible) de embargo (preventivo o no) por parte del órgano judicial. Estas circunstancias traen a colación la regulación de la tercería de dominio, regulada en los artículos 593 a 604 LEC, aplicables también en sede de medidas cautelares, de conformidad con el artículo 729 del mismo cuerpo legal.

70. Ahora bien, la articulación del régimen de la tercería de dominio con la obligación de apreciación de oficio de la inmunidad de jurisdicción no resulta sencilla. Y ello porque la regulación de la LEC contempla la necesaria intervención del tercero (en nuestro caso, el Estado extranjero) en el proceso de ejecución o cautelar para que se pueda llegar a apreciar su titularidad sobre el bien indebidamente embargado o su condición de titular de un derecho que, por disposición legal expresa, pueda oponerse al embargo o a la realización forzosa del bien. Así, se hace preciso efectuar una interpretación sistemática de los preceptos procesales y del artículo 6.1 de la Convención, de forma que, no obstante la estricta literalidad de los artículos reguladores de la tercería de dominio, el órgano judicial pueda efectivamente apreciar, *ex officio*, la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero. A este respecto, procede formular las consideraciones que siguen.

71. El artículo 593.1 LEC dispone que *"para juzgar sobre la pertenencia al ejecutado de los bienes que se proponga embargar, el Secretario judicial, sin necesidad de investigaciones ni otras actuaciones, se basará en indicios y signos externos de los que razonablemente pueda deducir aquélla"*. Sin embargo, si el Secretario judicial advierte la ligera posibilidad de que el bien

que se disponga a embargar pueda ser propiedad de un tercero Estado extranjero o éste pueda poseer un derecho que le permita oponerse al embargo o a la realización forzosa del bien, deberá llevar a cabo aquellas investigaciones que resulten posibles sobre la titularidad del bien o la existencia de ese derecho⁴⁰.

72. En relación con esas actuaciones de investigación, el apartado 2 del artículo 593 LEC establece que *"cuando, por percepción directa o por manifestaciones del ejecutado o de otras personas, el Secretario judicial tuviera motivos racionales para entender que los bienes que se propone trabar pueden pertenecer a un tercero, ordenará mediante diligencia de ordenación que se le haga saber la inminencia de la traba. Si, en el plazo de cinco días, el tercero no compareciere o no diere razones, el Secretario judicial dictará decreto mandando trabar los bienes, a no ser que las partes, dentro del mismo plazo concedido al tercero, hayan manifestado al tribunal su conformidad en que no se realice el embargo. Si el tercero se opusiere razonadamente al embargo aportando, en su caso, los documentos que justifiquen su derecho, el Secretario judicial, previo traslado a las partes por plazo común de cinco días, remitirá los autos al Tribunal para que resuelva lo que proceda"*. Ahora bien, la aplicación del artículo 593.2 LEC, conforme a su estricta literalidad, resultaría contraria al contenido y espíritu del artículo 6.1 de la Convención, al no permitir realmente la apreciación de oficio de la inmunidad de jurisdicción⁴¹.

73. En efecto, para que el órgano judicial pueda dejar de acordar el embargo o de proceder a su traba, la LEC exige la personación o intervención del Estado extranjero, con el objeto de justificar su derecho. Y ello a pesar de la existencia de *"motivos racionales"* que permitan pensar al órgano judicial que los bienes a embargar pueden pertenecer a ese Estado extranjero (con independencia de que esas razones se aprecien directamente o tras la realización de las correspondientes actuaciones de investigación). Asimismo, en caso de falta de comparecencia del Estado extranjero o de justificación de su derecho, el tribunal debe ordenar la traba del bien, salvo que las partes de la ejecución se hayan opuesto⁴².

40 Debe entenderse que el órgano judicial posee facultad para investigar la concurrencia de circunstancias que eventualmente podrían determinar la nulidad de actos procesales (en este caso, por falta de jurisdicción), de conformidad con el artículo 238.1 LOPJ.

41 La rúbrica de este precepto resulta concluyente, pues reza: "Pertinencia al ejecutado. Prohibición de alzamiento de oficio del embargo".

42 A los mismos efectos, el apartado 3 del artículo 593 LEC prevé, en su primer párrafo, que "tratándose de bienes cuyo dominio sea susceptible de inscripción registral, se ordenará, en todo caso, su embargo a no ser que el tercero acredite ser titular registral mediante la correspondiente certificación del Registrador, quedando a salvo el derecho de los eventuales titulares no inscritos, que podrá ejercitarse contra quien y como corresponda".

74. Ahora bien, la aplicación del artículo 6.1 de la Convención debería determinar que precisamente cuando el órgano judicial tenga motivos racionales para entender que el bien que se dispone a embargar puede pertenecer a un tercero Estado extranjero, o éste puede poseer un derecho que le permita oponerse al embargo o a la realización forzosa del bien, suscite de oficio el incidente previsto en el artículo 38 LEC y el artículo 9.6 LOPJ, en el que, obviamente, no deberá concederse audiencia al Estado extranjero. El órgano judicial habrá de exponer las razones por las que entienda que el bien que se propone embargar puede pertenecer al Estado extranjero y, por ende, los motivos en los que quepa fundar su inmunidad de jurisdicción.

75. En el incidente, las partes (señaladamente el ejecutante) podrán desvirtuar las razones aducidas por el tribunal y acreditar o justificar cumplidamente la pertenencia del bien al ejecutado o su afección al proceso de ejecución. Si tras la tramitación del incidente persistieran las dudas del órgano judicial sobre la titularidad del bien o sobre la existencia de ese derecho del Estado extranjero, el tribunal deberá apreciar de oficio la inmunidad de jurisdicción y abstenerse de embargar el bien concreto⁴³.

76. Por el contrario, si el órgano judicial adquiriera el convencimiento de que el bien pertenece al ejecutado o debe estar afecto a la ejecución, la única alternativa de que dispondrá el Estado extranjero será plantear la correspondiente tercería de dominio, al amparo del artículo 595 LEC⁴⁴ o del artículo 729 LEC⁴⁵. De conformidad con el artículo 8.2 b) de la Convención esta actuación no debería entenderse como un acto de consentimiento del Estado extranjero al ejercicio de la jurisdicción por los tribunales españoles.

43 Entiendo que el incidente previsto en el artículo 9.6 LOPJ y 38 LEC debería suscitarse igualmente de oficio en el caso de que esas dudas del órgano judicial sobre la pertenencia del bien al Estado extranjero, o la existencia de un derecho de éste que le permita oponerse al embargo o a la realización forzosa del concreto bien, surjan con posterioridad a que el embargo haya sido decretado o trabado.

44 El artículo 595 LEC establece que "1. Podrá interponer tercería de dominio, en forma de demanda, quien, sin ser parte en la ejecución, afirme ser dueño de un bien embargado como perteneciente al ejecutado y que no ha adquirido de éste una vez trabado el embargo.

2. Podrán también interponer tercerías para el alzamiento del embargo quienes sean titulares de derechos que, por disposición legal expresa, puedan oponerse al embargo o a la realización forzosa de uno o varios bienes embargados como pertenecientes al ejecutado.

3. Con la demanda de tercería de dominio deberá aportarse un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión del tercerista".

44 Según este artículo, "en el embargo preventivo, podrá interponerse tercería de dominio, pero no se admitirá la tercería de mejor derecho, salvo que la interponga quien en otro proceso demande al mismo deudor la entrega de una cantidad de dinero.

La competencia para conocer de las tercerías a que se refiere el párrafo anterior corresponderá al tribunal que hubiese acordado el embargo preventivo".

45 B.O.E. número 142, de 13 de junio de 1980.

77. Finalmente y sin perjuicio de lo expuesto en los párrafos precedentes, cabe reseñar que, en el terreno práctico, la falta de información que suelen padecer los órganos judiciales sobre las concretas circunstancias de los bienes a embargar (que, normalmente, son proporcionadas o descritas por la parte ejecutante o solicitante de medidas cautelares) dificultará la aplicación de oficio de la inmunidad de jurisdicción en los casos examinados. Por ello, los Estados extranjeros se verán obligados, en numerosas ocasiones, a comparecer ante los tribunales españoles para hacer valer esa inmunidad.

5. ¿Cabe la intervención del estado del foro como *amicus curiae* en el proceso incoado contra un estado extranjero a fin de sostener o apoyar su inmunidad de jurisdicción?

78. El artículo 6.1 de la Convención, al afirmar que el Estado español habrá de “abstenerse de ejercer jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado” y que, a tal efecto, deberá “*velar por que sus tribunales resuelvan de oficio la cuestión del respeto de la inmunidad de ese otro Estado*”, suscita la pregunta de si el Gobierno o la Administración del Estado podrá personarse y actuar en los procesos que sean incoados contra Estados extranjeros a fin de tratar de conseguir que el órgano judicial aprecie la inmunidad de jurisdicción de estos últimos, sin necesidad de que el Estado demandado se vea obligado a comparecer para interponer la correspondiente declinatoria⁴⁶. Este tipo de intervención del Estado del foro se produciría a modo de *amicus curiae*, figura que se encuentra admitida en otros ordenamientos jurídicos, como puede ser, por ejemplo, el estadounidense.

Se trata de una cuestión que plantea muy diversos problemas y que carece de una respuesta enteramente satisfactoria y definitiva, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal, según se expondrá a continuación.

79. En primer lugar, interesa recordar que la Constitución española atribuye al Gobierno la dirección de la política exterior del Estado (artículo 97). En virtud de esta responsabilidad, cabe entender que corresponde al Gobierno apoyar o coadyuvar, en la medida en que resulte posible, a hacer valer ante los juzgados y tribunales españoles la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros, en los supuestos en que proceda.

46 A pesar de lo que pudiera parecer a simple vista, esta cuestión me ha sido efectivamente planteada en mi práctica profesional.

80. El interés o intereses del Estado español, esto es, del Gobierno, para intervenir como *amicus curiae* en un proceso instado contra un Estado extranjero podría justificarse mediante los siguientes argumentos:

(a) De conformidad con el artículo 2 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, sobre el Derecho de los Tratados (en lo sucesivo, la "*Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*"), a la que se adhirió España por Instrumento de 2 de mayo de 1972⁴⁷, las obligaciones o tratados internacionales obligan a los Estados que los ratifican, unitariamente considerados. Y uno de los tres poderes que integran el Estado, el poder judicial, puede decidir incoar un procedimiento contra un Estado extranjero. Esta decisión, en el plano internacional, puede considerarse por el Estado demandado como un incumplimiento grave por el Estado español (en el que está integrado su poder judicial) de las obligaciones internacionales por él asumidas (en el caso que nos ocupa, de los artículos 5 y 6 de la Convención)⁴⁸ y, por ende, como un hecho internacionalmente ilícito⁴⁹.

47 En aplicación del principio *pacta sunt servanda*, el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que "todo Tratado en vigor obliga a las partes (esto es, a los Estados considerados de forma unitaria) y debe ser cumplido por ellas de buena fe". Asimismo, el artículo 27 de la citada Convención dispone que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado".

48 Por su interés como intento de codificación del Derecho internacional, el Proyecto de artículos de Convenio sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, dispone en su artículo 2 que "hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado".

49 De conformidad con los artículos 28 y siguientes del mencionado Proyecto de artículos de Convenio, la responsabilidad de un Estado por un hecho internacionalmente ilícito conllevará las obligaciones de cesar y no repetir la acción u omisión determinante de la infracción del Derecho internacional, así como la de reparar el perjuicio ocasionado. Entre las formas de reparación, el citado Proyecto incluye la restitución, la indemnización y la satisfacción, ya sea de forma individual o combinada.

Según el artículo 35, "el Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución: a) No sea materialmente imposible; b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización".

El artículo 36 dispone que "1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución. 2. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado".

Finalmente, el artículo 37 establece que "1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser

(b) La consideración por el Estado extranjero de la existencia de un incumplimiento por España de sus obligaciones internacionales (al no haber respetado la inmunidad de jurisdicción de aquél) podría determinar diversas consecuencias negativas para España en el plano internacional, como podrían ser, por ejemplo:

- La interposición de una demanda contra el Estado español ante foros o tribunales internacionales por incumplimiento de sus obligaciones internacionales, así como la responsabilidad de España por un hecho internacionalmente ilícito⁵⁰;
- La adopción de contramedidas contra España por el Estado extranjero demandado, a fin de inducir al Estado español al cumplimiento de sus obligaciones internacionales.
- La denuncia de la Convención o del Tratado internacional en que se haya establecido la inmunidad de jurisdicción, por incumplimiento del Estado español.

Así, podría entenderse que la posibilidad de participación del Estado español en un proceso incoado contra un Estado extranjero derivaría, en último término, de la defensa de los intereses generales, específicamente los intereses de España en política exterior.

81. Ahora bien, una vez identificados los anteriores intereses, debe examinarse si pueden fundar, desde una perspectiva estrictamente procesal, la legitimación del Gobierno o la Administración del Estado para intervenir, a través de sus servicios jurídicos⁵¹, en un proceso

reparado mediante restitución o indemnización. 2. La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada. 3. La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable”.

50 El Proyecto de artículos de Convenio sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos regula las contramedidas en sus artículos 49 a 54, disponiendo en el artículo 49.1 que “el Estado lesionado solamente podrá tomar contramedidas contra el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducirlo a cumplir las obligaciones que le incumban en virtud de lo dispuesto en la segunda parte”.

51 El artículo 1.3 e) del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado (aprobado mediante el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio), atribuye a la Abogacía del Estado “la representación y defensa en juicio, ante cualesquiera jurisdicciones y órdenes jurisdiccionales, del Estado y de sus organismos autónomos, así como, cuando así corresponda normativa o convencionalmente, de los restantes organismos y entidades públicos, sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal, y de los órganos constitucionales en los términos previstos en la legislación vigente, así como en los conflictos de jurisdicción y cuestiones de competencia y en los procedimientos prejudiciales y extrajudiciales en que esté interesado el Estado, organismos públicos, sociedades mercantiles estatales, fundaciones y demás órganos mencionados. [...]”.

incoado contra un Estado extranjero, a los efectos de sostener su inmunidad de jurisdicción. El artículo 10 LEC confiere la condición de parte procesal legítima, esto es, atribuye legitimación, a quienes comparecen y actúan en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso (lo que no ocurrirá en el caso del Estado español). Por otro lado, el artículo 13 de la ley adjetiva permite la intervención de terceros en un proceso ya iniciado cuando acrediten tener "*interés directo y legítimo en el resultado del pleito*".

82. La cuestión, por tanto, estriba en determinar si las anteriores circunstancias o consecuencias que para el Estado español se pueden derivar, en el plano internacional, de la falta de apreciación de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero justifican o permiten acreditar la existencia de un "*interés directo y legítimo en el resultado del pleito*".

83. En este sentido, el tenor literal del artículo 13 LEC plantea indudables problemas respecto de la admisibilidad de la intervención del Estado español en el proceso incoado contra el Estado extranjero. En efecto:

- (a) En primer lugar, la concepción amplia y extensiva mantenida por el Tribunal Constitucional sobre el "*interés legítimo*" (concepto más amplio que el "*interés directo*"⁵²) para acceder a la jurisdicción parece que permitiría, sin excesivos problemas, sostener la efectiva existencia de ese interés en el caso del Estado español, entendido como situación que puede considerarse como jurídicamente relevante y protegida o digna de protección.
- (b) Más problemas plantea, sin embargo, la apreciación de la concurrencia de un interés "*directo*" del Estado español. Prescindiendo del debate doctrinal sobre la improcedencia del empleo de este término en el artículo 13 LEC, las consecuencias que para el Estado español pueden derivarse de la no apreciación por el órgano judicial de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero demandado pueden o podrían considerarse como puramente eventuales, lo que permitiría, todo lo más, considerar la existencia de un

Asimismo, su artículo 31.1 dispone que "la representación y defensa de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, los restantes organismos y entidades públicos y órganos constitucionales, ante cualesquiera jurisdicciones y órganos jurisdiccionales, corresponde a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, en las leyes procesales aplicables en cada caso y en este Reglamento".

52 Vid. Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Cabiedes, P., en Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Vol. I, Cizur Menor, 2001, página 188.

interés “mediato” del Estado español, que no justificaría su intervención en el proceso. Asimismo, se ha mantenido que el mero “interés en la legalidad” quedaría fuera del ámbito de aplicación del artículo 13 LEC⁵³.

(c) Finalmente, el principal escollo para la admisión de la intervención del Gobierno o la Administración del Estado se encuentra en el último inciso del artículo 13 LEC, esto es, la referencia a la existencia o acreditación de un interés “*en el resultado del pleito*”. Y es que el interés que pueda poseer el Estado español en el concreto litigio es ajeno a su resultado (es decir, a la concreta tutela judicial demandada por el actor), sino que se refiere a un presupuesto del proceso (la existencia de jurisdicción) y a las posibles consecuencias de su incorrecta apreciación por el órgano judicial. A este respecto, debe advertirse que el artículo 13 LEC exige la intervención del tercero como demandante o como demandado, adquiriendo la condición de parte, de forma que la sentencia surtirá efectos de cosa juzgada frente a él y no podrá desconocer su contenido en el caso de que el actor la pretenda hacer valer frente al tercero interviniente.

84. En definitiva, la Ley pretende una equiparación entre el demandado y el interviniente demandado desde el punto de vista procesal y de la sentencia que se dicte, de forma que está también surta efectos respecto del tercero interviniente. Sin embargo, esa cierta equiparación no resulta posible en el caso del Estado demandado extranjero y el Estado español, ya que el contenido de la sentencia ningún efecto surtirá respecto de este último. Para el Estado español resulta irrelevante que la demanda sea o no estimada (siendo la estimación o la desestimación el resultado del pleito), ya que España, por ejemplo, podrá incurrir en responsabilidad internacional tanto en un caso como en otro. En efecto, el hecho determinante de aquella responsabilidad es anterior al resultado del litigio, cual es el someter a su jurisdicción a un Estado extranjero, no reconociendo su inmunidad.

85. Las anteriores consideraciones conducirían a la conclusión de que la intervención del Estado español, es decir, del Gobierno o la Administración, no resulta posible desde el punto de vista procesal, atendiendo a la interpretación del artículo 13 LEC que ha sido expuesta.

53 Vid. Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Cabiedes, P., Comentarios..., Vol. I, página 116.

86. Ahora bien, la posibilidad de intervención del Estado español en los procesos incoados contra Estados extranjeros debe valorarse de forma positiva, ya que podría orientar o tender a generar una aplicación uniforme del principio de inmunidad de jurisdicción por parte de los diversos órganos judiciales españoles, así como respetuosa con los compromisos internacionales asumidos por España. Ello obliga a explorar las posibilidades de interpretación del artículo 13 LEC para verificar si alguna de ellas permitiría sostener, con fundamento, aquella intervención. En este sentido, podría argumentarse lo siguiente:

- (a) De un lado, la generalización de la exigencia de responsabilidad internacional por parte de los Estados y el establecimiento de un régimen convencional que la regulara (como se pretende, por ejemplo, con el Proyecto de artículos de Convenio sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos) permitiría alegar, con cierta solidez, la existencia de un interés legítimo, aunque sea indirecto del Estado español en el proceso concreto, ya que la falta de apreciación de la inmunidad de jurisdicción determinaría, de forma inmediata o automática, la reclamación contra España como Estado responsable del incumplimiento de una obligación internacional.
- (b) De otro lado, podría argüirse que el interés del Estado español en el "*resultado del pleito*" es que éste concluya mediante una resolución que aprecie la inmunidad de jurisdicción y ordene la terminación del proceso sin un pronunciamiento sobre el fondo del asunto⁵⁴.

87. Sobre la base de la anterior interpretación del artículo 13 LEC podría admitirse, si bien con los problemas apuntados, la posibilidad de intervención, como *amicus curiae*, del Gobierno o de la Administración del Estado en los procesos incoados contra un Estado extranjero, a fin de sostener, cuando proceda, su inmunidad de jurisdicción, incluso antes de que el Estado extranjero haya sido emplazado.

54 La Circular 4/2001 de la Abogacía del Estado quizás permitiría añadir un tercer argumento. Si bien esta circular está fundamentalmente referida a la posible intervención de la Administración del Estado en procesos de ejecución frente a Estados extranjeros, considera que una de las razones en que cabría fundar esa intervención (además de otras ya expuestas en este comentario) podría ser la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Constitucional 107/1992, de 1 julio 1992, según la cual al ciudadano que demanda a un Estado extranjero que goza de inmunidad le cabría la posibilidad, en última instancia, de accionar contra el Estado español, a fin de obtener una indemnización, fundada en el hecho de que, si bien España es libre para contraer la obligación internacional determinante de la inmunidad, no lo es tanto para hacer recaer sobre el administrado el consecuente sacrificio que aquella produce en sus derechos o patrimonio. Este argumento podría también considerarse, con ciertas reservas, para justificar el interés de la Administración en intervenir en el proceso iniciado contra el Estado extranjero.

88. Otra posible vía de participación del Estado español para tratar de conseguir el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero en los procesos incoados contra él podría consistir en la intervención del Ministerio Fiscal, a instancias del Gobierno, en defensa de la legalidad y de la integridad de la jurisdicción de los tribunales españoles. La función que desempeña el Ministerio Fiscal en nuestro sistema jurídico le atribuiría una legitimación e interés propios para intervenir en los referidos procesos.

89. A este respecto, el artículo 1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, dispone que *"el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social"*.

90. Y para el cumplimiento de las anteriores misiones, los apartados 1 y 8 del artículo 3 del Estatuto del Ministerio Fiscal le atribuyen las funciones de *"velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes"* y de *"mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales, promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes, e intervenir en las promovidas por otros"*⁵⁵. La posibilidad de intervención del Ministerio Fiscal en los procesos incoados contra un Estado extranjero a fin de sostener, cuando proceda, su inmunidad de jurisdicción puede incardinarse, sin excesivos problemas, en el desempeño de las anteriores funciones. Sin duda, la participación del Ministerio Fiscal se orientaría a procurar la

55 Una vez conste la pendencia del proceso, el Ministerio Fiscal, a solicitud del Gobierno, podrá tomar conocimiento de su contenido al amparo del artículo 4 de su Estatuto, que le faculta para "interesar la notificación de cualquier resolución judicial y la información sobre el estado de los procedimientos, pudiendo pedir que se le dé vista de éstos cualquiera que sea su estado, o que se le remita copia de cualquier actuación, para velar por el exacto cumplimiento de las leyes, plazos y términos, promoviendo, en su caso, las correcciones oportunas. Asimismo, podrá pedir información de los hechos que hubieran dado lugar a un procedimiento, de cualquier clase que sea, cuando existan motivos racionales para estimar que su conocimiento pueda ser competencia de un órgano distinto del que está actuando".

Por su parte, la Abogacía del Estado, tan pronto como tenga constancia de la admisión a trámite de la demanda, podrá solicitar una copia al órgano judicial, indicando las razones de la petición, al amparo del artículo 234 LOPJ y el artículo 140.1 LEC, que dispone que "los Secretarios Judiciales y personal competente al servicio de los tribunales facilitarán a cualesquiera personas que acrediten un interés legítimo cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer. También podrán pedir aquéllas a su costa, la obtención de copias simples de escritos y documentos que consten en autos".

evitación de excesos en el ejercicio de la jurisdicción, así como a la adecuación de la función jurisdiccional a lo dispuesto por las leyes.

91. La interpretación conjunta del artículo 6.1 de la Convención y del Estatuto del Ministerio Fiscal permitiría soslayar los problemas de interpretación del artículo 13 LEC que han quedado apuntados y fundar la posibilidad de intervención del Estado español en los procesos incoados contra un Estado extranjero.

92. En todo caso, sea el Gobierno, a través de la Abogacía del Estado, sea el Ministerio Fiscal, la intervención del Estado español plantea problemas de orden práctico. Entre ellos pueden mencionarse los siguientes:

(a) En primer lugar, cabe cuestionarse el momento y medio por el que el Estado español podrá conocer la incoación de un proceso contra un Estado extranjero, ya que la demanda no se dirige contra el Estado español e inicialmente (y por las razones anteriormente expuestas) el órgano judicial no notificará la demanda a la Abogacía del Estado ni al Ministerio Fiscal.

En este sentido, habrá que atender a las circunstancias particulares del mecanismo concreto de notificación de la demanda al Estado demandado, de conformidad con el artículo 22 de la Convención, y a si aquél permite que el Estado español cobre conocimiento de la incoación del proceso. En todo caso, en los supuestos de ausencia de convenio o arreglo especial, si la notificación de la demanda se efectúa mediante transmisión por vía diplomática al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado demandado o, por ejemplo, mediante entrega a la embajada del Estado demandado, a través del Ministerio de Asuntos Exteriores español (en el caso de que el Estado demandado acepte este medio de notificación), indudablemente el Estado español conocerá la incoación del proceso.

(b) En segundo lugar, la argumentación fáctica y jurídica de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero por parte del Estado español (que habrá de incluirse, siquiera someramente, en la solicitud de intervención) tampoco estará exenta de problemas, sobre todo en los supuestos o casos dudosos o límite. De ordinario el Estado español no conocerá los concretos términos en que se haya desarrollado la relación jurídica entre el actor y el Estado demandado, ni dispondrá de medios de prueba para sustentar, acreditar

o justificar la inmunidad de jurisdicción o desvirtuar las alegaciones o pruebas en que el demandante trate de fundar la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer del proceso.

A estos efectos, el artículo 13.1 LEC exige al interviniente "*acreditar*" su "*interés directo y legítimo en el resultado del pleito*", por lo que el Estado español deberá aportar cierta prueba de los hechos y razones que le legitiman, en el caso concreto, para intervenir en el proceso, a fin de sostener la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero.

Las anteriores circunstancias pueden convertir en ilusoria la posibilidad de que el Estado español pueda efectivamente solicitar la intervención e intervenir en el proceso, bien sea con anterioridad a que el Estado extranjero se persone e interponga la correspondiente declinatoria, o incluso con posterioridad.

III. BIBLIOGRAFÍA.

BANACLOCHE PALAO, J., GASCÓN INCHAUSTI, F., GUTIÉRREZ BERLINCHES, A., VALLINES GARCIA, E. El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Navarra, 2005.

CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. y TAPIA FERNÁNDEZ, I. [coords.]. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Navarra, 2001.

DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO, I., VEGAS TORRES, J. y BANACLOCHE PALAO, J. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Madrid, 2001.

DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO, I. Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Madrid, 2004.

DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. Comentario a la Ley de Arbitraje. Madrid, 2006.

DÍEZ DE VELASCO, M. Instituciones de Derecho Internacional Público. 15ª Edición, Madrid, 2005.

FOX, H. The Law of State Immunity. Nueva York, 2004.

GASCÓN INCHAUSTI, F. Inmunidades procesales y tutela judicial frente a Estados extranjeros. Navarra, 2008.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P. La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales. Navarra, 1999.

MIAJA, A. Solución pacífica de diferencias internacionales (Medios Políticos y Arbitraje). Cursos y Conferencias de la Escuela de Funcionarios Internacionales, 1956-7, Vol. II, T. 4.

VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional. Navarra, 2007.