1841.ª SESIÓN

Viernes 15 de junio de 1984, a las 10 horas

Presidente Sr Alexander YANKOV

Miembros presentes Jefe Akinjide, Sr. Balanda, Sr. Díaz González, Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed, Sr. Evensen, Sr. Francis, Sr. Jagota, Sr. Koroma, Sr. Lacle-ta Muñoz, Sr. Mahiou, Sr. Malek, Sr. McCaffrey, Sr. Ni, Sr. Ogiso, Sr. Quentin-Baxter, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sir Ian Sinclair, Sr. Stavropoulos, Sr. Sucharitkul, Sr. Thiam, Sr. Ushakov.

Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (continuación) [A/CN.4/363 y Add.1¹, A/CN.4/371², A/CN.4/376 y Add.1 y 2³, A/CN.4/L.369, secc. C, ILC(XXXVI)/Conf.Room Doc.1 y Add.1]

[Tema 3 del programa]

PROYECTO DE ARTÍCULOS
PRESENTADO POR EL RELATOR ESPECIAL⁴
(conclusión)

ARTÍCULO 19 (Buques utilizados para un servicio comercial) y

¹ Reproducido en *Anuario* 1983, vol II (primera parte)

² *Idem*

³ Reproducido en *Anuario* 1984, vol II (primera parte)

⁴ El texto de los proyectos de artículos examinados por la Comisión en anteriores periodos de sesiones se ha reproducido de la manera siguiente

Parte I del proyecto a) art 1 revisado y correspondiente comentario, aprobados provisionalmente por la Comisión *Anuario* 1982, vol II (segunda parte), pag 107, b) art 2 *ibid*, pag 103, nota 224, textos aprobados provisionalmente por la Comisión — apartado a del párrafo 1 y correspondiente comentario *ibid*, pag 107, apartado g del párrafo 1 y correspondiente comentario *Anuario* 1983, vol II (segunda parte), pags 38 y 39, c) art 3 *Anuario* 1982, vol II (segunda parte), pag 103, nota 225, parr 2 y correspondiente comentario, aprobados provisionalmente por la Comisión *Anuario* 1983, vol II (segunda parte), pag 39, d) arts 4 y 5 *Anuario* 1982, vol II (segunda parte), pag 103, notas 226 y 227

Parte II del proyecto e) art 6 y correspondiente comentario, aprobados provisionalmente por la Comisión *Anuario* 1980, vol II (segunda parte), pag 139, f) arts 7, 8 y 9 y correspondientes comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión *Anuario* 1982, vol II (segunda parte), pags 108 y ss, g) art 10 y correspondiente comentario, aprobados provisionalmente por la Comisión *Anuario* 1983, vol II (segunda parte), pag 24

Parte III del proyecto h) art 11 *Anuario* 1982, vol II (segunda parte), pag 102, nota 220, texto revisado, *ibid*, pag 107, nota 237, i) art 12 y correspondiente comentario, aprobados provisionalmente por la Comisión *Anuario* 1983, vol II (segunda parte), pags 27 y ss, j) arts 13 y 14 *ibid*, pags 19 y 20, notas 54 y 55, textos revisados *ibid*, pag 22, notas 58 y 59, k) art 15 y correspondiente comentario, aprobados provisionalmente por la Comisión *ibid*, pags 39 y ss

ARTÍCULO 20 (Arbitraje)⁵ (conclusión)

1. El Sr. REUTER desea ante todo formular dos observaciones que le inspira el debate sobre los artículos 16, 17, 18 y 19. En primer lugar, le parece que algunos miembros de la Comisión tienen la impresión de que la Comisión emprende una tarea difícil. Sin embargo, además de que puede vencer estas dificultades, la Comisión tiene el deber de abordar estas cuestiones, debido en parte al modo en que el Relator Especial ha planteado el problema general. Algunos miembros de la Comisión consideran que debe establecerse como regla la inmunidad jurisdiccional del Estado, mientras que otros sostienen una posición algo diferente. Si la Comisión ha de tener en cuenta todos los puntos de vista, no podrá enunciar el principio de la inmunidad del Estado a menos que examine todos los sectores en los que la excepción existe o es posible.

2. En segundo lugar, se han expuesto argumentos lógicos y bien fundados en el sentido de que el Estado goza de una inmunidad absoluta y general, precisamente por ser el Estado. En sus relaciones económicas internacionales, el Estado puede valerse de otras entidades jurídicas que no gozan de inmunidad. Por consiguiente, las dificultades son pura y simplemente ficticias. En principio, el Sr. Reuter no puede aceptar esa posición, porque supondría subordinar la aplicación de la norma de derecho internacional que se está elaborando a decisiones unilaterales, soberanas, adoptadas por un Estado y relativas a su organización interna. Ya no sería, pues, una norma, porque no sería obligatoria para el Estado. Pero el Sr. Ni (1835.ª sesión) ha defendido otra posición: el Estado goza de inmunidad por ser el Estado, es decir, una entidad absoluta, y, en segundo lugar, existen también entidades secundarias del Estado que deben gozar igualmente de inmunidad. El Sr. Reuter, por su parte, no rechaza este punto de vista porque se inclina a creer en la inmunidad funcional, ya se trate del Estado o de sus órganos.

3. Estas posiciones divergentes respecto del proyecto de artículo 19 son inquietantes porque, en el plano de los principios básicos, es decir, la cuestión de si una parte de territorio flotante debe prevalecer sobre una parte de territorio terrestre o si la personalidad del Estado es más importante que la territorialidad, son todas ellas igualmente defendibles. Sin embargo, impedirían que progresara la labor de la Comisión. Por eso el Sr. Reuter querría volver a examinar un aspecto de la cuestión que apenas ha sido tocado: las necesidades de la navegación y de las transacciones marítimas. Cuando dos Estados se enfrentan invocando cada uno un título de competencia, es preciso llegar a una fórmula de conciliación y tener en cuenta todas esas necesidades. Lo cierto es que, en la actualidad, reina una gran libertad en el comercio marítimo. Esta libertad quizá no sea absoluta y puede entrañar excepciones. Quizá no dure siempre, pero ahora existe. Las tres cuartas partes del comercio mundial se efectúan por mar. Es cierto que esa libertad es beneficiosa para los Estados que pueden aprovecharla, y que otros Estados, a causa de su subdesarrollo, no pueden utilizarla. En la actualidad, los países socialistas son beneficiarios importantes de ella porque poseen flotas considerables y son negociantes saga-

⁵ Para el texto de los artículos, véase 1838.ª sesión, párr 25

ces, y muchos países en desarrollo participan cada vez más en dicho comercio. En realidad, si el mercado de fletes internacionales no existiera, el comercio marítimo se realizaría en forma bilateral, y es evidente que el problema de la inmunidad no se plantearía. Si todo el comercio se realizara dentro de un marco determinado de antemano y bilateral, la inmunidad carecería de razón de ser porque el intercambio se realizaría en condiciones de perfecta igualdad. Quizá algunos países piensen que eso es la solución si consideran que por el momento favorece sus intereses.

4. Ello no obstante, la Comisión debe basar su decisión en función del conjunto de la situación. Tal como él lo ve, para la buena marcha de la navegación y el comercio marítimo internacionales es preciso mantener cierta seguridad material y jurídica. Ello puede servir de fundamento para una excepción de la inmunidad — para la exclusión de la inmunidad de los buques bajo control del Estado —, ya que la inmunidad de jurisdicción es inseparable de la inmunidad de ejecución. Quizá sea también posible limitar la jurisdicción del Estado a dos grupos de problemas: todos los problemas relativos a la seguridad de la navegación marítima y todos los problemas relativos al conjunto del comercio marítimo.

5. Por lo que respecta a la seguridad de la navegación marítima hay un hecho nuevo: los buques mercantes se han hecho sumamente peligrosos debido a la contaminación que pueden causar así como a algunos de los cargamentos que transportan. En relación con este punto, el Sr. Reuter recuerda dos tragedias del mar en las que estuvieron implicados buques de propiedad indirecta del Estado francés, pero que prestaban un servicio público. Estos desastres dieron lugar a actuaciones judiciales, en un caso en los Estados Unidos de América. Habría sido inconcebible que el Estado francés, alegando que se trataba de buques de Estado, invocara la inmunidad de jurisdicción. El orador no comparte el parecer del Sr. Ushakov (1839.^a sesión), según el cual los problemas de esta naturaleza pueden resolverse sencillamente mediante negociaciones diplomáticas. La experiencia demuestra que las negociaciones de esa índole, si bien pueden dar a veces resultados positivos, pueden también fracasar. En todo caso, no pueden contribuir a garantizar la libertad del comercio marítimo. Por lo demás, la ley noruega de 17 de marzo de 1939, mencionada por el Relator Especial en su informe (A/CN.4/376 y Add.1 y 2, párr. 191), proporciona orientaciones valiosas a este respecto. Es normal que, en interés de la seguridad, se trate en un pie de igualdad a todos los buques en el territorio de un Estado, con la excepción, naturalmente, de los buques de guerra.

6. En cuanto al comercio marítimo, el Sr. Reuter estima posible admitir que los buques mercantes de Estado no gozan de inmunidad porque han optado por dedicarse a actividades comerciales. ¿En qué casos, pues, podría intervenir la inmunidad de los buques de Estado? Puede ocurrir, por ejemplo, que un Estado tenga respecto de una entidad extranjera una deuda líquida y exigible que, por motivos válidos, no puede o no quiere pagar. Para el cobro de deudas que no guardan la menor relación con la navegación o el comercio marítimo, los juristas han inventado la operación consistente en el embargo preventivo de un buque de la flota del Estado que se halla en un puerto

extranjero. Estos casos se han producido realmente, al menos en forma de intento de embargo, y uno de ellos concierne a Francia. El Gobierno francés no se ha mostrado favorable a este tipo de operación y el Sr. Reuter es absolutamente contrario a ella. Una operación de esta índole sería perjudicial para la seguridad del comercio marítimo. Ahora bien, un Estado poseedor de una flota debe poder garantizar la seguridad de la misma. La Comisión podría buscar en esta vía una fórmula que pueda ser aceptable.

7. El Sr. BALANDA desea señalar a la atención del Relator Especial lo que parece constituir dos errores en su informe (A/CN.4/376 y Add.1 y 2). Supone que las palabras « Aparte del requisito desacostumbrado de la nacionalidad » del párrafo 120 deben sustituirse por las palabras « Aparte del requisito acostumbrado de la nacionalidad ». Señala también que el término « responsabilidad personalizada » empleado en el párrafo 157 no existe, por ejemplo, en el sistema jurídico de su país.

8. Las características de los buques que han inducido al Relator Especial a atribuirles un estatuto especial son pertinentes y generalmente aceptadas: un buque posee una nacionalidad; se le considera como una extensión del territorio nacional, con todas las consecuencias que esto puede tener. Constituye un tipo particular de bienes muebles, en cuanto que puede ser hipotecado, en tanto que las hipotecas en general sólo se aplican a un bien inmueble. El análisis histórico que el Relator Especial hace de la jurisdicción, en la que la inmunidad absoluta reconocida a los buques de Estado destinados a un servicio comercial ha pasado a tener una inmunidad restringida, es también muy interesante, pero desgraciadamente sólo abarca un determinado grupo de Estados. Además, no siempre refleja fielmente la posición del Estado como tal, según se ve sobre todo en el análisis del asunto *The « Pesaro »* (1926), en el que el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América adoptó una posición distinta de la consagrada por la jurisprudencia (*ibid.*, párrs. 157 a 159). El análisis menciona también opiniones como la del magistrado Marshall, Presidente del Tribunal Supremo, en el asunto *The Schooner « Exchange »* (1812) (*ibid.*, párr. 136) y la del magistrado Stone, Presidente del Tribunal Supremo, en el asunto *Republic of Mexico et al. c. Hoffman* (1945) (*ibid.*, párr. 160). Así, el estudio del Relator Especial adolece de cierto desequilibrio, porque en aquella época sólo un reducido número de Estados estaba bien versado en cuestiones marítimas.

9. De ahí que, como el propio Relator Especial ha señalado, no pueda afirmarse categóricamente que en derecho internacional existe un principio que causaría la inmunidad absoluta o la ausencia de inmunidad. Por lo mismo, la ausencia de jurisprudencia en otros Estados o el reducido número de decisiones judiciales tampoco permite inferir una actitud favorable o desfavorable a la inmunidad de jurisdicción. Por ello, la Comisión debe actuar con circunspección. Así, el Sr. Balanda está de acuerdo con el punto de vista expuesto por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 178), según el cual la « clara ausencia de una práctica coherente de los Estados en apoyo de las inmunidades relativas a los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él independientemente de la naturaleza de su servicio o

utilización » no permite llegar a la conclusión de que existe el principio de la inmunidad jurisdiccional absoluta.

10. Refiriéndose al estado de la jurisprudencia anglosajona, en particular desde *The « I Congreso del Partido »* (1981), observa que en los casos en que un Estado ejerce actividades comerciales, incluso en el marco de un servicio público, es asimilado a un simple particular y no goza de inmunidad por este concepto. A este respecto, el Sr. Ni (1840.ª sesión) ha hecho una observación relativa al ejercicio de la actividad comercial de los países en desarrollo. Importa precisar que en esos países el Estado desempeña un papel totalmente distinto del que tiene en los países desarrollados. El Estado es la fuerza que impulsa todas las actividades, y toda la vida de la nación depende de él. No se contenta con asegurar un servicio público, porque es un Estado providencia y está encargado de promover el desarrollo político, económico y social de la población. Así, el Estado ha de ejercer actividades comerciales. A diferencia de los particulares, que ejercen esas actividades con fines lucrativos, el Estado las ejerce para prestar servicios públicos. La situación que, según el informe (A/CN.4/376 y Add.1 y 2, párr. 143), era anteriormente la de los países desarrollados es ahora la de los países en desarrollo. A este respecto, las observaciones del magistrado Van Devanter citadas en el informe (*ibid.*, párr. 158) son elocuentes. El criterio *publicis usibus destinata* que se observa en el asunto *The « Pesaro »* (1926) debe, por tanto, tenerse en cuenta.

11. Incluso en la práctica de los países desarrollados, la limitación de la inmunidad de jurisdicción de los Estados obedece al temor inspirado por la omnipotencia del Estado sobre el individuo, al que hay que proteger. Por supuesto, la inmunidad de jurisdicción no significa ausencia de responsabilidad, como el Sr. Ushakov ha señalado (1839.ª sesión). Se puede considerar al Estado responsable de un acto, aunque goce de inmunidad de jurisdicción, y puede pagar una indemnización cuando se ha comprobado su responsabilidad. Pero no se debe hacer una regla de una situación puramente excepcional. Por otra parte, el procedimiento de arbitraje puede representar una solución incluso si se aplica el principio de la inmunidad jurisdiccional a los buques mercantes del Estado.

12. Tener en cuenta la situación particular de los países en desarrollo se ajustaría perfectamente a la lógica que inspira el artículo 12, en relación con el cual el Relator Especial ha tomado nota del punto de vista prácticamente unánime de los miembros de la Comisión de que se debe tomar en consideración no sólo la índole, sino también la finalidad de las actividades comerciales. Al propio tiempo, es posible tomar, *a contrario*, el parecer expuesto por el Relator Especial en su informe (A/CN.4/376 y Add.1 y 2, párr. 229), según el cual :

Si bien no existe acuerdo general en la práctica de los Estados o en la opinión internacional en cuanto a la base para los buques explotados por los Estados con fines comerciales no oficiales, parece haber surgido una clara e inconfundible tendencia en apoyo de la carencia de inmunidad de los buques utilizados por los Estados exclusivamente para un servicio comercial no oficial. [...]

En efecto, no debería haber ninguna dificultad para eximir de la inmunidad jurisdiccional en el caso de los buques del Estado que se dedican exclusivamente a actividades comerciales que no tienen un carácter gubernamental, pero,

ello no obstante, debe concederse la inmunidad si dichas actividades están relacionadas con un servicio público, como ocurre cuando las realizan países en desarrollo.

13. ¿Qué argumento puede sacarse del hecho de que varios países en desarrollo, entre ellos el Zaire, se hayan adherido a la Convención de Bruselas de 1926 y a su Protocolo adicional de 1934, que asimila las actividades comerciales de los Estados a las realizadas por simples particulares? No se debe deducir precipitadamente que, al renunciar al principio de la inmunidad jurisdiccional, esos Estados han adoptado necesariamente la tendencia restrictiva. Por ejemplo, cuando el Zaire ha de comercializar sus recursos naturales para asegurar el desarrollo de la población, no puede eludir las limitaciones impuestas por la coyuntura económica internacional. Al ejercer esas actividades con plena libertad, ha de observar las reglas del juego. Rechazar lo que otros aceptan, es decir, una inmunidad jurisdiccional restringida, sería suicidarse. Es una especie de estado de necesidad al que los países en desarrollo han de someterse para sobrevivir. Por eso, el Sr. Balanda habría llegado a conclusiones más matizadas que las que el Relator Especial enuncia en su informe (*ibid.*, párrs. 224 y 225).

14. El Sr. Balanda conviene con el Relator Especial en que la inmunidad debe invocarse expresamente, pero estima que aún se debería ir más lejos, pues tras el problema de la inmunidad de jurisdicción se perfila el de la competencia de los tribunales. En el ordenamiento jurídico del Zaire, esa competencia es una cuestión de orden público, hasta el punto de que el juez encargado del asunto debe plantear de oficio esta cuestión de la inmunidad sin esperar a que el propio Estado pueda probar que goza de la inmunidad. En efecto, comprobar la existencia o la no existencia de la inmunidad es ya someter al Estado a la jurisdicción de otro Estado y supone, por tanto, desconocer el principio *par in parem imperium non habet*.

15. Lo mismo que otros miembros de la Comisión, el Sr. Balanda opina que la redacción del artículo 19 debe ser generalmente aceptable para que el instrumento que se está elaborando pueda tener alguna eficacia. Es importante que la terminología empleada sea la que se encuentra en la mayoría de los sistemas jurídicos. Por ejemplo, conviene excluir expresiones tales como « acción real » y « acción personal », tanto más cuanto que una acción real contra un buque no existe en algunos sistemas jurídicos o, por lo menos, no existe en el ordenamiento jurídico vigente en el Zaire. Sería sorprendente en efecto entregar una citación judicial a un buque, que es un objeto inanimado. Además, esas expresiones no son muy claras y el Relator Especial ha indicado en su informe (*ibid.*, párr. 183) cómo puede una acción real desembocar en una acción personal. Además, una acción real entraña el problema de la inmunidad de ejecución, que la Comisión no ha considerado todavía. Debería también eliminarse la expresión « procesos en derecho marítimo » (« admiralty proceedings »). En el Zaire, la competencia, incluso en materia comercial, depende de los tribunales de lo civil. Por otra parte, teme que la Comisión consagre la noción de la jurisdicción sobre buques hermanos (« sister-ship jurisdiction »), que es sumamente peligrosa y plantea problemas prácticos en las relaciones comerciales internacionales. Aunque las pala-

bras «A menos que se convenga lo contrario», en los párrafos 2 y 4 de la variante A del artículo 19, permiten cierta flexibilidad, no preparan el camino para la aplicación del principio de reciprocidad.

16. El Sr. Balanda tendría grandes reparos en suscribir el artículo 19 tal como ahora está redactado. Contiene demasiados elementos y debe reducirse a los que son esenciales. Si la Comisión decide mantener dicho artículo, debe tomar en consideración la necesidad de introducir cierta flexibilidad en su aplicación a la situación especial de los países en desarrollo.

17. El Jefe AKINJIDE dice que la situación relativa al tema que se examina se ha modificado debido a cuatro factores principales. En primer lugar, lo que hasta estos últimos tiempos se ha llamado derecho internacional en esta materia ha sido en realidad el derecho europeo, en otras palabras, el derecho aplicado por la Rusia zarista y los Estados europeos que dominaban a la mayor parte del mundo en provecho de sus propios objetivos económicos e imperiales. Habrá que procurar, pues, que lo que ha sido en realidad derecho europeo no pase a convertirse en un concepto moderno. En segundo lugar, según se desprende claramente de los distintos asuntos y obras citados en el informe del Relator Especial (A/CN.4/376 y Add.1 y 2), lo único que es indudable en esta materia es, precisamente, la incertidumbre. Nada se ha resuelto firmemente ni siquiera en los países desarrollados, y no hay modo alguno de saber qué actitud adoptarán los tribunales de esos países dentro de 20 años. En tercer lugar, después de la segunda guerra mundial muchos países han adoptado el sistema socialista, hecho que de ningún modo cabe desconocer. En cuarto lugar, muchos países en desarrollo tienen un sistema de economía mixta en virtud del cual muchos sectores de la economía son propiedad del Estado o están bajo su control. Dice el Jefe Akinjide que en su país, por ejemplo, el transporte marítimo, aéreo o ferroviario no puede en caso alguno ser de propiedad privada. Se considera que las personas privadas difícilmente podrían competir con empresas multinacionales y obtener el capital necesario, y que sería además inmoral que las enormes utilidades de esas empresas quedaran en manos de particulares. No cabe duda de que muchos otros países en desarrollo comparten ese punto de vista.

18. Habida cuenta de ese cambio fundamental en las condiciones del mundo, no es posible adoptar totalmente la práctica de los Estados Unidos de América y Europa. A juicio del Jefe Akinjide, el problema fundamental consiste en armonizar todos los intereses en juego en el contexto del Estatuto de la Comisión y, en particular, del párrafo 1 del artículo 1, con arreglo al cual la Comisión deberá impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional. En virtud de lo previsto en el Estatuto, la Comisión deberá también tomar en cuenta todos los intereses en juego, puesto que, con arreglo al artículo 8, deberán estar representados en ella los principales sistemas jurídicos del mundo. Es evidente que el resultado de la labor de la Comisión no podrá reflejar un sistema jurídico único y el orador se ve en la necesidad de señalar que eso no se desprende del informe.

19. Además, si se aprueba el artículo 19, nada impedirá que un país socialista o un país en desarrollo, por ejemplo,

utilice uno de sus buques de guerra para transportar trigo o petróleo bruto y reivindique luego una inmunidad absoluta. En efecto, el informe (*ibid.*, párr. 167) parece apoyar esa tesis, puesto que remite al asunto francés *Etienne c. Gouvernement néerlandais* (1947), en que el tribunal declinó la jurisdicción fundándose en que el buque de que se trataba había sido utilizado por los Países Bajos con fines políticos. Además, según se explica en el informe (*ibid.*, párrs. 195 y 196), a pesar de los términos perfectamente claros de su Ley sobre inmunidad de los Estados, de 1978, el Reino Unido tuvo que establecer una excepción especial en el caso de la Unión Soviética. Resulta evidente, pues, que las decisiones judiciales y la práctica de los Estados reconocen las diferencias de sistemas económicos.

20. Las decisiones adoptadas por algunos países son de carácter político y no de carácter judicial, según se ve claramente en la referencia que se hace en el informe (*ibid.*, párrs. 159 a 161) a la intervención del Departamento de Estado de los Estados Unidos en relación con una cuestión de inmunidad. Según las propias palabras del magistrado Stone, Presidente del Tribunal Supremo, en el asunto *República de México et al. c. Hoffman* (1945), «no corresponde a los tribunales denegar una inmunidad que nuestro Gobierno ha considerado oportuno conceder, ni conceder una inmunidad basándose en nuevas razones que el Gobierno no ha considerado oportuno reconocer». Los asuntos *The «I Congreso del Partido»* (1981) (*ibid.*, párr. 155), *Trendtex* (1977)⁶ y *Texas Trading* (1981)⁷ no reflejan la actitud de los países socialistas ni de los países en desarrollo, sino la del Reino Unido y de los Estados Unidos, y esa actitud, según se ha señalado con razón, no deberá imponerse a países que tienen otros sistemas jurídicos. Es evidente que el artículo 19 no logra expresar los criterios que el orador ha bosquejado.

21. El Sr. LACLETA MUÑOZ dice que, a diferencia de la parte del informe del Relator Especial (A/CN.4/376 y Add.1 y 2) relativa a los artículos 16 a 18, que ha sido difícil de comprender, en gran parte debido a la traducción al español, pero cuyos artículos parecían aceptables, la parte del informe relativa al artículo 19 le ha causado una excelente impresión a pesar de algunos problemas de terminología. El Relator Especial posiblemente haya dedicado una atención excesiva a la práctica de los países del *common law*, lo que se refleja especialmente en el artículo 19, que deberá ser revisado a fondo a fin de que pueda satisfacer las necesidades de la Comisión. En ese sentido, el orador comparte las observaciones formuladas por el Sr. Quentin-Baxter (1840.^a sesión).

22. En su informe (A/CN.4/376 y Add.1 y 2, párr. 147), el Relator Especial recoge el dictamen tan citado de Sir Robert Phillimore, en el que hay una afirmación fundamental en la materia, y donde se describen los meandros por los que ha pasado la práctica de los Estados, especialmente la de los tribunales. Pero la Comisión deberá dedicarse en particular a las consideraciones del Relator Especial relativas a la Convención de Bruselas de 1926 y su Protocolo adicional de 1934, instrumentos que reflejan una tendencia común a muchos países (*ibid.*, párrs. 199 a

⁶ Véase 1834.^a sesión, nota 8.

⁷ *Ibid.*, nota 9.

207). Esa tendencia ha sido confirmada en dos de las Convenciones preparadas por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1958, y en la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982. No se ve claramente por qué el Relator Especial sólo ha mencionado el artículo 236 de esta Convención (*ibid.*, párr. 211), puesto que muchos otros artículos pertinentes también han sido aprobados por consenso. Esos artículos se basan en disposiciones de las Convenciones de 1958 y prevén la inmunidad del Estado solamente para los buques de guerra y los buques de Estado destinados al servicio oficial y no comercial. Manifiestan por lo tanto una tendencia clara en el seno de la comunidad internacional.

23. El Sr. Lacleta Muñoz comparte las conclusiones finales del Relator Especial (*ibid.*, párrs. 229 y 230), pero no considera aceptable ninguna de las variantes del proyecto de artículo 19 que no responden a las necesidades de la Comisión, probablemente por haber recogido casi unilateralmente la práctica de los tribunales del *common law*. Tal como está actualmente formulado, el párrafo 1 de la variante A, a pesar de los esfuerzos que han hecho los traductores, no tendría aplicación posible en el derecho español. En España no existe una jurisdicción del almirantazgo, aunque existen tribunales marítimos que son competentes en las cuestiones relativas a incidentes o accidentes de navegación, tema que no ha sido claramente reflejado en el artículo 19. Además, la distinción entre acción real y acción personal, así como la referencia a los « buques hermanos » (« sister ships »), debería suprimirse. Esos elementos no tienen cabida en el proyecto de artículo, porque, a fin de cuentas, se rigen por la *lex fori*. El orador confía en que el Relator Especial tome en cuenta todas las observaciones que se han hecho para presentar una nueva versión del artículo 19.

24. Dos ideas clave se han desprendido del debate. En primer término, debería preverse en alguna forma la situación especial de los países en desarrollo, que algunos miembros han señalado a la atención de la Comisión. Para tal efecto, la Comisión podría aplicar la consideración finalista, como hizo en el caso del proyecto de artículo 12. En segundo lugar, debe establecerse una distinción entre los países socialistas y los de economía mixta, aunque la contraposición no sea tan radical como parece insinuarse. Por ejemplo, en España, país de economía mixta, hay buques mercantes que, en última instancia, son propiedad del Estado: los buques de una empresa nacional, que es una sociedad anónima regida por las normas del derecho común, en realidad pertenecen al Estado español porque la empresa es una rama del Instituto Nacional de Industria, de propiedad del Estado. Es decir, que los países socialistas no son los únicos en que las empresas que pertenecen exclusivamente al Estado pueden ser dueñas de buques de comercio.

25. El Sr. McCaffrey dice que el principio fundamental enunciado en el artículo 19 es necesario por motivos de orden práctico y tiene su justificación tanto en el actual derecho de los tratados como en el derecho consuetudinario internacional. Considera, no obstante, lo mismo que varios oradores anteriores (1840.ª sesión), en particular el Sr. Quentin-Baxter, Sir Ian Sinclair y el Sr. Ogiso, que las

disposiciones del artículo deberían ser objeto de una nueva formulación que las haga más generalmente aplicables.

26. El Sr. McCaffrey mencionó ya en su declaración anterior (1839.ª sesión) la necesidad práctica de enunciar el principio contenido en el artículo 19 y se refería entonces a la desigualdad a que se llegaría, entre comerciantes particulares y entidades mercantiles del Estado, al otorgar una inmunidad jurisdiccional a la parte cuyo dueño fuese el Estado o estuviese bajo el control de éste. A ese respecto, el orador recuerda el razonamiento del magistrado Mack en el asunto *The « Pesaro »*, decidido por el tribunal inferior en 1921 (A/CN.4/376 y Add.1 y 2, párr. 157). Ciertamente es que la decisión del tribunal inferior fue anulada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 1926, a pesar de lo cual la decisión del magistrado Mack estaba mejor fundada. No cabe duda de que representa más fielmente la práctica usual de los Estados Unidos e incluso la práctica del propio Departamento de Estado, según lo indica la carta dirigida por el Departamento al magistrado Mack por la que niega la inmunidad jurisdiccional a los « buques mercantes de propiedad del Estado [...] utilizados en el comercio » y añade significativamente que « El Departamento no ha reclamado la inmunidad de los buques estadounidenses de ese tipo » (*ibid.*, párr. 159). El magistrado Mack llegó a la conclusión — como había llegado Sir Robert Phillimore en *The « Charkieh »* (1873) — de que, puesto que los Estados se dedican cada vez más al comercio estatal y a distintas operaciones comerciales, la inmunidad para los Estados y los bienes de Estado implicados en tales empresas no sólo es innecesaria sino poco conveniente, porque en tal caso los particulares que tratan con Estados se verían privados de hacer uso de los recursos judiciales que les correspondan. Colocaría entonces a los Estados en una posición ventajosa injusta en su competencia con las empresas comerciales privadas.

27. El Sr. McCaffrey reconoce la importancia de la observación del Sr. Balanda, según la cual los países en desarrollo a menudo no se dedican a actividades comerciales con fines de lucro. No obstante, cuando un Estado trate con particulares, debe hacerlo teniendo en cuenta lo que el propio Sr. Balanda ha llamado « las reglas del juego ». Según ha señalado también el Sr. Balanda, inmunidad jurisdiccional no significa ausencia de responsabilidad. No obstante, en la práctica, en lo que respecta a los particulares, inmunidad quiere decir, desgraciadamente, ausencia de responsabilidad.

28. Otros miembros, y en particular Sir Ian Sinclair y el Sr. Quentin-Baxter, así como el Relator Especial en su informe (*ibid.*, párrs. 191, 192 y 198 a 215), han demostrado ampliamente que el derecho convencional ofrece un sólido fundamento para el principio enunciado en el artículo 19. Si bien la Convención de Bruselas de 1926 tal vez constituya el ejemplo más notable de la amplia aceptación de ese principio, son igualmente importantes las Convenciones de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, a saber, la Convención de Ginebra sobre el mar territorial y la zona contigua, de 1958, la Convención de Ginebra sobre la alta mar, de 1958, y la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982. En el caso de esta última, es significativo el hecho de que las

disposiciones pertinentes hayan sido aprobadas por consenso en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar. Las disposiciones de esas Convenciones a que se refiere el Relator Especial (*ibid.*, párrs. 208 a 211) confirman la aceptación por un grupo ampliamente representativo de Estados del principio fundamental de no inmunidad de los buques mercantes estatales.

29. Y, dicho sea de pasada, si bien los Estados Unidos no han ratificado la Convención de Bruselas de 1926, han promulgado disposiciones legales en el mismo sentido: la Ley de embarcaciones públicas, de 1925, y además el párrafo *b* del artículo 1605 de la Ley de 1976 sobre la inmunidad de los Estados extranjeros (*ibid.*, párr. 193). Con respecto a la práctica de los Estados Unidos en esa materia, el orador quiere señalar a la atención de los miembros un pasaje del *Restatement of the Foreign Relations Law*⁸ que dice lo siguiente:

Créditos marítimos privilegiados La disposición especial relativa a los créditos marítimos privilegiados en el párrafo *b* del apartado 4 [...] del artículo 1605 de la Ley refleja el deseo del Congreso de no restringir el fundamento de la jurisdicción en el caso de créditos contra Estados extranjeros existentes con anterioridad a la aprobación de la Ley.

El derecho marítimo creado por los tribunales del almirantazgo (*admiralty law*) se ha considerado durante mucho tiempo como una especie de derecho internacional, en el sentido de que muchos de los litigios que estaba destinado a regular se originaban en alta mar y no dentro de la jurisdicción de un Estado. La jurisdicción en las causas marítimas (tengan o no su origen en alta mar) no se ha vinculado, pues, con una actividad realizada dentro del Estado del foro, sino con la presencia en él de un buque o un cargamento. Como esta presencia puede muy bien ser temporal, la ley reconoce desde hace mucho tiempo los créditos marítimos privilegiados (*maritime liens*) que sirven de fundamento para el ejercicio de la jurisdicción en la causa a la vez que ofrecen una garantía para la ejecución de la sentencia recaída en el litigio. El privilegio (*lien*) se deriva de una demanda de embargo del buque o el cargamento, los cuales deben permanecer en el puerto donde se invoca el privilegio a menos que se deposite una fianza.

Las disposiciones reformadas de la Ley de 1976 tienen por objeto evitar el embargo preventivo de buques de propiedad del Estado y se basan en leyes anteriores relativas a buques de propiedad de los Estados Unidos. Es de señalar que el párrafo *b* del artículo 1605 de la Ley de 1976 no prevé un recurso *in rem*, es decir, dirigido contra un buque, sino un recurso *in personam*, que va dirigido contra el Estado extranjero.

30. En lo referente a la terminología del artículo 19, el Sr. McCaffrey está de acuerdo con otros oradores en cuanto a la conveniencia de sustituir algunas expresiones tales como las que traducen términos como *in personam*, *in rem* y — en el texto inglés — «*admiralty*», tomadas del léxico jurídico anglosajón, por expresiones de carácter más general y mejor apropiadas para un instrumento internacional. En realidad, cabe señalar que la distinción entre las acciones *in rem* y las acciones *in personam* ha desaparecido en gran parte en el Reino Unido y en los Estados Unidos, en que el Tribunal Supremo determinó en 1977, en el asunto *Shaffer et al. c. Heitner*⁹, que para los

efectos de la jurisdicción no había realmente diferencia alguna, puesto que al ejercitar una acción contra una cosa, el demandante se dirige en realidad contra los derechos del dueño de esa cosa.

31. Por último, el Sr. McCaffrey lamenta que, por falta de tiempo, tenga que dejar para más adelante sus comentarios sobre el proyecto de artículo 20 y sobre las valiosas observaciones del Relator Especial acerca de ese artículo.

32. Tras un breve debate de procedimiento en el que participan el Sr. MALEK, el Sr. JAGOTA, Sir Ian SINCLAIR, el Sr. THIAM y el Sr. FRANCIS, el PRESIDENTE dice que, puesto que no hay tiempo para seguir examinando el proyecto de artículo 19, invitará al Relator Especial a que conteste a las declaraciones que se han formulado. El debate sobre el artículo se reanudará probablemente en la sesión siguiente.

33. El Sr. SUCHARITKUL (Relator Especial) dice que no se propone hacer una recapitulación, sino simplemente exponer su impresión sobre las ilustradoras observaciones que se han formulado hasta ahora.

34. Quiere también disculparse por haberse dejado influir excesivamente por la terminología jurídica inglesa. Ha redactado los artículos en inglés e inevitablemente ha utilizado conceptos que proceden del derecho inglés. Da las gracias a los oradores que, como el Sr. Quentin-Baxter (1840.ª sesión), Sir Ian Sinclair (*ibid.*), el Sr. McCaffrey y el Sr. Lacleta Muñoz, han señalado ese punto a su atención. Todas las expresiones que han sido objeto de críticas, como, por ejemplo, «*action in rem*», «*action in personam*» y «*admiralty proceedings*», serán sustituidas por expresiones más universalmente conocidas.

35. El Sr. Ushakov (1839.ª sesión) opina, lo mismo que varios autores y también varios gobiernos, que, cuando un buque de propiedad de un Estado es explotado por una entidad independiente, un demandante particular puede interponer la acción contra esa entidad, pero no puede ejercerla directamente contra el Estado. Se insertará, pues, en el artículo un nuevo párrafo en el que se establezca que será admisible un procedimiento judicial que guarde relación con la explotación comercial de un buque propiedad del Estado por una entidad independiente, siempre que tal procedimiento se dirija contra la entidad misma, con lo que se evita una situación enojosa para el Estado propietario del buque. Al mismo tiempo, no habrá inconveniente alguno para el demandante en lo que respecta a la ejecución de la sentencia recaída en un litigio derivado de un crédito marítimo o en un litigio promovido en relación con un abordaje, un salvamento o un transporte de mercancías por mar.

36. En cuanto a la posición de los países en desarrollo, será preciso tener en cuenta la gran complejidad del problema del transporte marítimo. El Relator Especial puede afirmar, habida cuenta de su experiencia en el Departamento de Asuntos Económicos de su país, que es muy difícil hacerse un lugar en el mundo del transporte marítimo, que no depende de los gobiernos, sino de organizaciones privadas. Por ejemplo, la Conferencia Marítima Japón-Tailandia, no está dominada por japoneses ni sus empresas navieras, sino por los armadores escoceses y

⁸ American Law Institute, *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States (Revised), Tentative Draft N.º 2* (27 de marzo de 1981), Filadelfia (Pa.), pág. 197, Part IV: Jurisdiction and Judgments, cap. 2, secc. 455.

⁹ *United States Reports*, 1979, vol. 433, pág. 186.

escandinavos. Ese tipo de fenómeno constituye un ejemplo de lo que es en realidad el mundo del transporte marítimo.

37. La cuestión de los buques de propiedad del Estado utilizados con fines comerciales tal vez sea menos sencilla de lo que la Convención de Bruselas de 1926 parece dar a entender. Las observaciones formuladas durante el debate, en particular por el Sr. Ogiso (1840.ª sesión), el Sr. Balanda y el Jefe Akinjide, han de tomarse en cuenta: habrá que excluir de la norma general del artículo 19 las operaciones que no sean de carácter mercantil. Piensa, por ejemplo, en las transacciones entre gobiernos para el transporte marítimo de suministros de socorro o en una operación triangular como, por ejemplo, el transporte marítimo hacia África de arroz comprado en Tailandia por el Japón. En una transacción de esa índole, el arroz no constituye una carga de carácter mercantil, y no debería estar sujeto a embargo ni a secuestro, puesto que está destinado a ser utilizado con fines gubernamentales.

38. Por todos estos motivos, el Relator Especial retira la variante A del artículo 19 y revisará la variante B en la forma sugerida por el Sr. Ogiso y por Sir Ian Sinclair. Además, a fin de sustituir concretamente términos jurídicos ingleses, suprimirá también la referencia a «y/u otro buque», en otras palabras, la jurisdicción sobre buques hermanos («sister-ship jurisdiction»).

39. Una vez introducidas esas modificaciones, el párrafo 1 del nuevo texto del artículo 19 se formulará del siguiente modo:

«1. Si un Estado tiene la propiedad o la posesión de un buque en servicio comercial o lo utiliza o explota por otro concepto y los litigios que surjan con motivo de la explotación comercial del buque corresponden a la jurisdicción de un tribunal de otro Estado, se considerará que el Estado ha consentido en que se ejerza tal jurisdicción en los procedimientos promovidos contra el buque, el cargamento y el propietario o el explotador si, al nacer el derecho de acción, el buque y el cargamento pertenecientes a ese Estado eran utilizados entonces o estaban destinados a ser utilizados exclusivamente para fines comerciales; por consiguiente, salvo pacto en contrario, no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en ese procedimiento.»

El párrafo 2 se modificará en consecuencia y el párrafo 3 podrá decir lo siguiente:

«3. Los procedimientos que guarden relación con la explotación comercial de un buque de propiedad estatal por una entidad independiente serán admisibles si se promueven contra la entidad independiente que explota el buque.»

Una formulación de esa índole tal vez responda a las preocupaciones expresadas en la Comisión. El Relator Especial presentará esa revisión del artículo 19 para que, si se dispone de tiempo, se examine en el presente período de sesiones y, en caso contrario, en el próximo período de sesiones.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

1842.ª SESIÓN

Lunes 18 de junio de 1984, a las 15.05 horas

Presidente: Sr. Alexander YANKOV

Miembros presentes: Jefe Akinjide, Sr. Balanda, Sr. Díaz González, Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed, Sr. Evensen, Sr. Francis, Sr. Jagota, Sr. Koroma, Sr. Laclea Muñoz, Sr. Malek, Sr. McCaffrey, Sr. Ni, Sr. Ogiso, Sr. Quentin-Baxter, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sir Ian Sinclair, Sr. Stavropoulos, Sr. Thiam, Sr. Ushakov.

Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático (continuación*) [A/CN.4/374 y Add.1 a 4¹, A/CN.4/379 y Add.1², A/CN.4/382³, A/CN.4/L.369, secc. E, ILC(XXXVI)/Conf.Room Doc.3]

[Tema 4 del programa]

PROYECTO DE ARTÍCULOS
PRESENTADO POR EL RELATOR ESPECIAL⁴
(continuación)

ARTÍCULO 30 (Estatuto del comandante de una aeronave comercial, el capitán de un buque mercante o el miembro autorizado de la tripulación),

ARTÍCULO 31 (Indicación de la calidad de la valija diplomática),

ARTÍCULO 32 (Contenido de la valija diplomática),

ARTÍCULO 33 (Estatuto de la valija diplomática confiada al comandante de una aeronave comercial, al capitán de un buque mercante o al miembro autorizado de la tripulación),

ARTÍCULO 34 (Estatuto de la valija diplomática enviada por correo o por otros medios) y

ARTÍCULO 35 (Facilidades generales concedidas a la valija diplomática)⁵ (continuación)

* Reanudación de los trabajos de la 1832.ª sesión.

¹ Reproducido en *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte).

² Reproducido en *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte).

³ *Idem.*

⁴ El texto de los proyectos de artículos examinados por la Comisión en anteriores períodos de sesiones se ha reproducido de la manera siguiente:

Arts. 1 a 8 y correspondientes comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 35.º período de sesiones: *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), págs. 59 y ss.

Arts. 9 a 14, remitidos al Comité de Redacción en el 34.º período de sesiones de la Comisión: *ibid.*, págs. 51 y 52, notas 189 a 194.

Arts. 15 a 19, remitidos al Comité de Redacción en el 35.º período de sesiones de la Comisión: *ibid.*, págs. 54 y 55, notas 202 a 206.

⁵ Para el texto de los artículos, véase 1830.ª sesión, párr. 1.