

«medidas adecuadas» de prevención. Ahora bien, para que sean efectivas, sobre todo en caso de actividades de elevado riesgo o de actividades que pueden tener efectos transfronterizos, las medidas nacionales de prevención deben ser completadas con reglas y normas de carácter internacional, elaboradas por los Estados directamente interesados o por mediación de organizaciones internacionales competentes, como se ha previsto en el artículo 197 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982.

60. Refiriéndose al proyecto de artículo 9, el Sr. Yankov se pregunta cuál es, en este caso, el fundamento jurídico de la reparación, en el marco de una responsabilidad que no es una responsabilidad por hechos ilícitos, tal como el Relator Especial lo señala (*ibid.*, párrs. 69 y 70). El Relator Especial dice acertadamente que esta responsabilidad parece pertenecer más bien a la «distribución de costos», y que en consecuencia tiende a restablecer el «equilibrio de los intereses» afectados por el daño. Pero en tal caso se trataría más bien de «compensación» basada en el principio de la equidad. Además, la reparación, tal como se entiende en este contexto, parece plantear gran número de problemas: ¿cómo determinar, por ejemplo, el Estado de origen cuando el efecto que debe ser objeto de reparación se ha debido a factores múltiples y particularmente extensos?

61. Refiriéndose a los nuevos artículos del capítulo III del proyecto, el Sr. Yankov dice a propósito del artículo 10 que la evaluación en tanto que tal (apartado *a*) debería ser objeto de un artículo separado, pues supone toda una serie de operaciones técnicas, tales como apreciación del riesgo posible, vigilancia, medidas, análisis y establecimiento de normas, que no tienen nada que ver con formalidades como la notificación y la información. Sería preferible, pues, vincular las disposiciones de los apartados *b*, *c* y *d*, que son reglas de procedimiento, con los artículos de procedimiento siguientes, inspirándose en el ejemplo que ofrece la sección 2 de la parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar.

62. En lo que se refiere a las disposiciones de los proyectos de artículos 11 a 17, el Sr. Yankov cree, como otros varios miembros de la Comisión, que deberían estar más centradas en torno a la noción de cooperación y ser menos rígidas y específicas, en la inteligencia de que habría que guardarse de reproducir el procedimiento previsto para el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Tratándose en particular de la obligación de negociar (art. 16), parece que la obligación debería fundarse no tanto en el principio de la solución pacífica de las controversias —pero de todos modos sin excluirlo— como en el deber de cooperación.

63. En conclusión, el Sr. Yankov considera que los proyectos de artículos deberían ser examinados más a fondo por la Comisión antes de ser remitidos al Comité de Redacción.

64. El Sr. KOROMA elogia al Relator Especial por el trabajo realizado sobre un tema complejo, que no deja de guardar relación con la responsabilidad de los Estados y con el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y que, destinado inicialmente a no referirse más que a las actividades espaciales y la energía nuclear, se ha ido desarrollando con el curso de los años sin que la Comisión sepa todavía muy bien qué es lo que debe abarcar.

65. El Sr. Koroma considera, lo mismo que varios miembros de la Comisión, que ésta debería ser menos ambiciosa y, en vez de tratar de elaborar un acuerdo marco, debería contentarse con formular principios jurídicos que sirvan de apoyo para las relaciones interestatales bilaterales y regionales. Se trata, en suma, de regir las actividades desarrolladas bajo la jurisdicción de un Estado que causan daños transfronterizos, y cabría sostener incluso que para ello bastaría un solo artículo, que consagre la obligación de todo Estado de no causar perjuicios o daños a sus vecinos con motivo de sus actividades.

66. En este caso, la responsabilidad debería tener por fundamento no el riesgo —en cuyo caso el tema no podría tratarse, puesto que toda actividad comporta un mínimo de riesgo, como, por ejemplo, la construcción de una presa, de una central nuclear, etc.—, sino el daño. Para determinar esta responsabilidad, convendría tener en cuenta, además del riesgo, los principios de causalidad, de previsibilidad y de presunción de negligencia (*res ipsa loquitur*), ver si la víctima tiene participación en el daño causado, a fin de evitar el escollo de la responsabilidad causal. Asimismo, el Sr. Koroma invita al Relator Especial a enunciar principios que tengan en cuenta estos elementos y que completarían los que él menciona en su quinto informe (A/CN.4/423). Convendría también que el Relator Especial trate el método que se ha de seguir para determinar la responsabilidad. Sólo a continuación de eso podrá la Comisión ocuparse de las reglas de procedimiento, suponiendo que respondan a una necesidad.

67. Aludiendo a la sugerencia que se ha hecho de incluir en el presente tema ciertos aspectos del derecho del medio ambiente, el Sr. Koroma dice que existen ciertamente similitudes entre los dos campos, pero el segundo es mucho más amplio que el primero, pues concierne a los mares y océanos, al espacio ultraterrestre, los polos ártico y antártico, a la capa de ozono, la conservación del agua y otros recursos naturales. Por otra parte, la Comisión podría hacer del derecho del medio ambiente un tema distinto de su programa, que estudiaría con ayuda de expertos, pero no puede añadirlo al tema que se examina.

68. En conclusión, el Sr. Koroma opina que no es conveniente en la fase actual que se remitan los proyectos de artículos al Comité de Redacción.

Se levanta la sesión a las 18.05 horas.

2114.ª SESIÓN

Miércoles 7 de junio de 1989, a las 10 horas

Presidente: Sr. Bernhard GRAEFRATH

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodríguez, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (continuación) (A/CN.4/384¹, A/CN.4/413², A/CN.4/423³, A/CN.4/L.431, secc. B)⁴
[Tema 7 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)

ARTÍCULOS 1 A 17⁵ (continuación)

1. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ opina, como el Sr. Beesley (2110.ª sesión), que el presente tema se integra en el proceso de desarrollo progresivo del derecho internacional. Por consiguiente, la Comisión debe estar dispuesta a examinar asuntos concretos conexos que interesen a los Estados, precisamente porque su objetivo es desarrollar las normas que rigen ciertas actividades, tratar de evitar el daño que éstas pudieran causar y garantizar que ese daño no quede sin sanción.

2. No obstante, la definición, la metodología y la redacción de los proyectos de artículos plantean problemas jurídicos. Como ha dicho el Sr. Reuter (*ibid.*), el hecho de que el tema lleve mucho tiempo en el programa de la Comisión no es razón para despachar apresuradamente los proyectos de artículos, ocultando esos problemas fundamentales. El Relator Especial, al tratar de definir los aspectos fundamentales del tema, ha buscado un punto de apoyo y ha introducido el concepto de las actividades que entrañan riesgo. Sin embargo, las actividades mismas no están prohibidas por el derecho internacional. La dificultad ha de resolverse; debe descartarse la idea de formular superficialmente una serie de proyectos de artículos para que el Comité de Redacción resuelva los problemas fundamentales. Al definir las obligaciones, tanto en materia de negociación como de prevención, la Comisión debe determinar el objeto de esas obligaciones y, en consecuencia, la base de la responsabilidad que conllevan.

3. Se ha sugerido que se establezca un vínculo entre el concepto de riesgo y el concepto de daño, para que la responsabilidad no se base únicamente en el riesgo; ello obliga a establecer un régimen jurídico adecuado. En derecho positivo, los regímenes particulares de responsabilidad son regulados por convenios o acuerdos específicos, eventualmente bajo los auspicios de una instancia jurisdiccional o arbitral, como en el asunto de la *Fundición de Trail*⁶. Se han citado varias veces los convenios sobre la utilización pacífica de la energía nuclear, la contaminación del mar por hidrocarburos u otras sustancias contaminantes y los objetos espaciales. En todos esos casos la responsabilidad sólo existe cuando se causa un daño (responsabilidad objetiva), y el Estado sólo incurre en responsabilidad

si no ha cumplido sus obligaciones de vigilancia. La responsabilidad por riesgo, sin embargo, no puede concebirse sino en ausencia de un acto o hecho internacionalmente ilícito. El campo de aplicación de ese tipo de responsabilidad disminuye, por lo tanto, a medida que los Estados admiten nuevas obligaciones internacionales, con la consecuente responsabilidad por actos ilícitos; pero hasta el presente los Estados se han mostrado muy reticentes a aceptar el principio de la responsabilidad por riesgos derivada de actos lícitos.

4. La Declaración de Estocolmo de 1972⁷ y la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, insisten más sobre las obligaciones de prevención de la contaminación que sobre la oportunidad de establecer un régimen inédito de responsabilidad. Ambos instrumentos se limitan a reenviar al derecho internacional o a la obligación tradicional de vigilancia. El orador no considera del todo concluyentes los ejemplos citados hasta el momento en la Comisión en apoyo del nuevo régimen de responsabilidad. Por ejemplo, el laudo arbitral en el asunto de la *Fundición de Trail* fundaba la responsabilidad sobre una negligencia constitutiva de una violación de la obligación de vigilancia. El fallo de la CIJ en el asunto del *Estrecho de Corfú* se refería, de manera análoga, a la obligación de todo Estado de no permitir que su territorio se utilice para actos contrarios a los derechos de otros Estados⁸. Por consiguiente, es difícil aceptar que la responsabilidad pueda derivar de actos o actividades que entrañen riesgo. En ese sentido, el orador concuerda con el Sr. Roucouas (2112.ª sesión) en que sería mejor no describir las actividades como lícitas o ilícitas, sino como actividades físicas que han causado daño.

5. Evidentemente, existe en la Comisión mucha incertidumbre sobre los objetivos del proyecto. El Sr. Díaz González, por su parte, está dispuesto a sumarse a la preparación de un proyecto de convenio sobre el medio ambiente, pero eso no es lo mismo que un proyecto de convenio para regular actividades no prohibidas por el derecho internacional. Por lo que se refiere a los términos empleados, el orador conviene con el Sr. Reuter en que el término «reparación» tiene un significado jurídico muy concreto y consecuencias que no pueden vincularse con el riesgo, por lo que sería mejor sustituir el término por «compensación» o «indemnización». Con todo, un régimen de compensación tendría que prever casos en los que los beneficios de la actividad en cuestión se compartieran; por ejemplo, cuando el Estado vecino puede tanto beneficiarse como resultar perjudicado por la ubicación de una central eléctrica.

6. Las propuestas del Relator Especial merecen, ciertamente, un estudio más detenido, pero hay que aclarar más los fundamentos del tema antes de remitir los proyectos de artículos al Comité de Redacción. Una redacción más precisa ayudaría a superar algunas de las dificultades; en ese sentido, el orador apoya la modificación del proyecto de artículo 1 propuesta por el Sr. McCaffrey (2109.ª sesión, párr. 13). Sin embargo, para que la Comisión pueda decidir exactamente lo que debe regularse, el fondo de los proyectos de artículos 1 a 9 ha de estudiarse más detenidamente. Sería, desde luego, prematuro remitir los nuevos proyectos de artículos 10 a 17 al Comité de Redacción sin

¹ Reproducido en *Anuario* 1985, vol. II (primera parte)/Add 1

² Reproducido en *Anuario* 1988, vol. II (primera parte)

³ Reproducido en *Anuario* 1989, vol. II (primera parte)

⁴ El examen del presente tema se basa en parte en el plan esquemático presentado por el anterior Relator Especial, R. Q. Quentin-Baxter, a la Comisión en su 34.º período de sesiones, el plan esquemático se reproduce en *Anuario* 1982, vol. II (segunda parte), págs. 88 a 90, párr. 109, y las modificaciones hechas al texto se indican en *Anuario* 1983, vol. II (segunda parte), pág. 93, párr. 294

⁵ Para el texto, véase 2108.ª sesión, párr. 1

⁶ Véase 2108.ª sesión, nota 9

⁷ *Ibid.*, nota 6

⁸ *Ibid.*, nota 10

que la Comisión haya conciliado los criterios divergentes sobre el tema mismo.

7. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/423) pone de relieve su rigor lógico al analizar conceptos abstractos, así como su versatilidad para dar cabida a las principales tendencias que se manifestaron en el debate de la CDI en su anterior período de sesiones y en la Sexta Comisión de la Asamblea General.

8. Sus propias opiniones sobre el fundamento del tema en el derecho internacional y sobre su viabilidad fueron expresadas en el 39.º período de sesiones⁹ y no desea repetirlas. Sin embargo, reconoce la importancia de las consideraciones que han inducido a algunos miembros de la Comisión a referirse una vez más a los aspectos fundamentales del tema: la preocupación por que el proyecto sea aceptable para los Estados, la conciencia de los diversos grados de reconocimiento, en distintos sistemas jurídicos, de los conceptos subyacentes, y los problemas terminológicos. Las críticas doctrinales no son menos convincentes: Brownlie llega a la conclusión de que el proyecto está «fundamentalmente mal concebido... el contagio puede inducir a una confusión general respecto de los principios de la responsabilidad de los Estados»¹⁰. Akehurst¹¹ afirma que el hecho de no distinguir entre la licitud de las actividades y la ilicitud de los actos cometidos en el desarrollo de esas actividades ha llevado, especialmente en la esfera del medio ambiente, a confundir la responsabilidad *ex delicto* con la responsabilidad *sine delicto*, simplemente porque la actividad misma es lícita. Se trata de cuestiones básicas inquietantes que no pueden quedar sin respuesta. El Relator Especial podría tal vez seguir el ejemplo de su antecesor entablando un diálogo constructivo sobre el tema con miras a reducir las diferencias conceptuales.

9. En su informe (*ibid.*, párr. 5), el Relator Especial introduce el concepto de «culpa condicional». Dicho concepto es una ficción jurídica; personalmente, el orador no está seguro de que pueda constituir la base teórica de la responsabilidad derivada de las actividades que entrañan riesgo. Los tribunales, incluso cuando se ha producido daño, no prohíben las actividades de que se trata, sino que se limitan a exigir una compensación pecuniaria. Esa práctica no es compatible con la presunción de que siempre ha habido una culpa oculta, que sólo se activa cuando se produce el daño. El concepto de culpa condicional tiene también connotaciones de responsabilidad por ilicitud; por consiguiente, debe eludirse, para evitar confusiones con las consecuencias de la responsabilidad de los Estados. La teoría del enriquecimiento injusto, que establece un sistema de compensación basado en la distribución de costos, sería tal vez una base teórica más firme para la responsabilidad sin culpa, si una fuera necesaria. De hecho, esa teoría se menciona, si bien de forma indirecta, en el informe (*ibid.*, párr. 70).

10. El Relator Especial aduce que las actividades causantes de un daño apreciable deben quedar englobadas en el tema, porque en derecho internacional general no existe una prohibición que las excluya de él (*ibid.*, párr. 10). El orador estima que ese argumento no es válido. Muchos autores apoyan el argumento contrario, según el cual la certeza de los daños transfronterizos apreciables conlleva la responsabilidad del Estado. Handl dice:

[] cuando los Estados descargan contaminantes intencionalmente, a sabiendas de que esa descarga tiene que causar o causará con considerable certeza efectos perjudiciales transnacionales significativos, es evidente que se tendrá al Estado de origen por responsable de los daños resultantes. La conducta causal se estimará internacionalmente ilícita¹²

En opinión del orador, también habrá responsabilidad si puede probarse que ha existido negligencia grave.

11. En el informe (*ibid.*, párrs. 6 y 7 y 12 a 14) se habla de la necesidad de evitar el «temido» concepto de la «responsabilidad absoluta». Eso fue lo que indujo al Relator Especial a introducir en su cuarto informe (A/CN.4/413) el concepto de actividades que entrañan riesgo. En el quinto informe, sin embargo, señala que una «importante corriente de la Comisión... prefiere no utilizar el concepto de riesgo como limitativo» (A/CN.4/423, párr. 12). Ha reintroducido, por tanto, el concepto de responsabilidad por daños, eludiendo al mismo tiempo la responsabilidad absoluta mediante la exclusión del daño causado por un acto único. Sin embargo, la responsabilidad por actividades no es otra cosa que la responsabilidad por riesgo bajo otro nombre, conclusión ratificada por la afirmación de que «se vincula la responsabilidad al carácter de la actividad» (*ibid.*, párr. 14). Además, desde el punto de vista de la víctima inocente, causan daño tanto los actos singulares como los actos que forman parte de una actividad. Nada justifica distinguir entre un acto que constituye parte intrínseca de una actividad y un acto aislado; por lo demás, tampoco es posible determinar, como no sea arbitrariamente, que un acto no es parte intrínseca de una actividad.

12. Como el Relator Especial señala acertadamente (*ibid.*, párr. 50), un régimen de responsabilidad causal comparado con un régimen de responsabilidad por ilicitud sería una solución menos dura para el Estado de origen. Las diferencias entre responsabilidad causal y responsabilidad absoluta son fundamentalmente de grado: la última entraña menos excepciones y menos factores interpuestos en la cadena causal. El régimen de responsabilidad absoluta se establece en muchos tratados multilaterales relativos a cuestiones concretas. Tras pasar revista a esos tratados, Goldie llega a la conclusión de que «estamos asistiendo al nacimiento, especialmente en el plano internacional, de una forma de responsabilidad más rigurosa que la habitualmente denominada responsabilidad causal»¹³. Por esa razón, el orador no está de acuerdo con el Relator Especial en que la responsabilidad absoluta «exige un grado de solidaridad propio de sociedades mucho más integradas que la actual comunidad internacional» (*ibid.*, párr. 4).

13. En otras partes del informe (*ibid.*, párrs. 40 y ss.) se demuestra que un régimen de responsabilidad causal puede coexistir perfectamente, en el mismo instrumento, con un régimen basado en la ilicitud, tanto si las obligacio-

⁹ Anuario 1987, vol I, págs 174 y ss, 2019ª sesión, párrs 55 a 59, y 2020ª sesión, párrs 1 a 26

¹⁰ I. Brownlie, *System of the Law of Nations State Responsibility*, parte I, Oxford, Clarendon Press, 1983, pág 50

¹¹ M. B. Akehurst, «International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law», *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, La Haya, vol XVI, pág 3

¹² G. Handl, «Liability as an obligation established by a primary rule of international law. Some basic reflections on the International Law Commission's work», *ibid.*, págs 58 y 59

¹³ L. F. E. Goldie, «Concepts of strict and absolute liability and the ranking of liability in terms of relative exposure to risk», *ibid.*, pág 194

nes en este último caso son obligaciones de conducta como si son obligaciones de resultado. El orador no está seguro, sin embargo, de que la norma de responsabilidad causal vigente en otros acuerdos internacionales sobre la misma cuestión, en el sentido del proyecto de artículo 4, pueda coexistir con las obligaciones, menos rigurosas, enunciadas en el presente proyecto de artículos. Como en el artículo 4 se renuncia a la *lex specialis*, las obligaciones contenidas en esos acuerdos perderían vigor si los Estados partes fueran también partes de los presentes artículos. Si así fuera, en un momento en que la importancia de las cuestiones ambientales es cada vez mayor, la reticencia de la Comisión a admitir una norma general de responsabilidad absoluta constituiría un retroceso.

14. El uso del mismo adjetivo, «apreciable», para describir tanto el riesgo como el daño induce a confusión, pues en una *scala* de riesgo significa detectable o previsible, en contraposición a oculto o imperceptible. Así se deduce del inciso ii) del apartado a del proyecto de artículo 2. «Detectable» sería una palabra más adecuada. Sin embargo, en una *scala* de daño la palabra «apreciable» sugiere claramente un grado entre mínimo y masivo y se evitarían muchas confusiones si se sustituyera por «significativo», que es más afín con instrumentos pertinentes, incluso recientes.

15. En lo tocante a las obligaciones de procedimiento del capítulo III del proyecto y a su aplicabilidad, el orador dice que las disposiciones comparables del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación se basan en la premisa de que dichos cursos son ecosistemas autocontenidos, y de que los Estados del curso de agua pueden ser identificados fácilmente «en la gran mayoría de los casos por simple observación»¹⁴. Esta identificación no es posible en los presentes proyectos de artículos habida cuenta de la amplitud de su alcance, tanto *ratione materiae* como *ratione personae*. Dado que ni el Estado afectado ni el Estado de origen son fácilmente reconocibles en cualquier circunstancia, es difícil ver cómo podrán cumplirse los deberes de procedimiento en materia de notificación, por ejemplo. Al respecto, el orador se congratula de que se haga referencia en el proyecto a las organizaciones internacionales, que desempeñan una función importante, tanto ayudando a los Estados a cumplir sus obligaciones de prevención como trabajando para determinar los hechos y contribuyendo al establecimiento de un régimen de compensación. La naturaleza bilateral de las obligaciones de procedimiento tendrá que modificarse para dar cabida a una participación más directa de las organizaciones internacionales.

16. En lo tocante al aplazamiento o no aplazamiento de la iniciación de nuevas actividades, el orador no está de acuerdo con el Relator Especial (*ibid.*, párr. 112) en que deba darse prioridad a la libertad de acción. Subraya al respecto que una vez que se ha producido un daño físico apreciable probablemente no habrá reparación posible, por haberse creado una situación irreversible. El pago de una compensación pecuniaria por los errores pasados puede satisfacer al Estado afectado, pero contribuirá poco a mitigar los daños al medio ambiente. Por lo demás, la existencia de la nueva actividad sería un hecho consumado,

que obstaculizaría los esfuerzos de los Estados interesados por establecer un régimen específico. En los asuntos sobre *Ensayos nucleares*, la CIJ decretó medidas provisionales de protección, instando al Gobierno francés a «evitar ensayos nucleares que causaran el depósito de precipitaciones radiactivas»¹⁵ en los territorios en cuestión. Se sobreentiende que, como los mandatos judiciales no se refirieron al fondo, éstos eran sin perjuicio de la licitud o lo contrario de la actividad en cuestión. El aplazamiento de una actividad nueva es también más coherente con un antiguo principio del derecho islámico que ha sido codificado en el artículo 30 del Código Civil otomano como «La evitación del daño tiene primacía sobre la obtención de beneficios», *Dar'ul mafacidi awla min jalb'il manafi'i* (دَرْءُ الْمَفَاحِدِ أَوْلَى مِنْ جَلْبِ الْمَنَافِعِ).

17. Por lo que se refiere a la obligación de negociar, el orador estima que las negociaciones pueden ser en realidad necesarias, especialmente en una esfera en la que la licitud de las actividades no se presta a normas rígidas, pero no deben suplantar a las normas sustantivas.

18. Refiriéndose a los proyectos de artículos, el orador se pregunta si la frase «a lo largo de su desarrollo» en el artículo 1 significa que se excluye el riesgo o daño durante parte del proceso. Lo mismo cabe preguntarse en relación con el inciso i) del apartado a y el apartado b del proyecto de artículo 2. Es necesario modificar el enunciado de ambos artículos. Una redacción más precisa resolvería también el problema de las empresas transnacionales y debería tener en cuenta las cuestiones de la responsabilidad solidaria y de las personas jurídicas.

19. El nuevo título del proyecto de artículo 3, «Asignación de obligaciones», evitará confusiones con la imputabilidad en materia de responsabilidad por ilicitud. El proyecto de artículo 6 revisado parece reflejar mejor la máxima *sic utere tuo ut alienum non laedas* que el texto anterior, donde sólo se reconocía la protección de terceros en relación con las actividades que entrañasen riesgo apreciable.

20. La exigencia, en el proyecto de artículo 7, de que los Estados cooperen de buena fe es superflua, pues la cooperación de mala fe es una contradicción en sí misma. Las modalidades de cooperación deben exponerse en términos análogos a las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, especialmente en los artículos 202 y 197.

21. En relación con el proyecto de artículo 8, el orador recuerda que el Sr. Riphagen señaló que, en pura lógica, no se puede hablar de deberes de prevención y de reducción al mínimo. Como la cuestión de la responsabilidad depende del cumplimiento de los deberes pertinentes, es importante explicar el significado de las palabras «prevenir» y «minimizar».

22. En el proyecto de artículo 9, el término «compensación» es, desde luego, más adecuado que «reparación» en lo tocante a la responsabilidad por actividades no prohibidas. El orador se pregunta si el régimen especial que ha de elaborarse abarcará algo más que la compensación pecuniaria. En su opinión, también debería darse cabida a

¹⁴ *Anuario...* 1987, vol. II (segunda parte), pág. 27, párrafo 2 del comentario al artículo 3 (Estados del curso de agua).

¹⁵ *Essais nucléaires (Australie c. France) (Nouvelle-Zélande c. France)*, *mesures conservatoires*, mandatos judiciales de 22 de junio de 1973, C.I.J. *Recueil* 1973, págs. 99 y 135, especialmente págs. 106 y 142.

la asistencia técnica. Además, los tribunales podrían exigir que la actividad pertinente se suspendiera o al menos se redujera cuantitativamente; en ese sentido, el asunto de la *Fundición de Trail*¹⁶ es un precedente que constituye un ejemplo de lo que podría denominarse «cesación parcial». La referencia a la negociación en el artículo 9 no puede suplantar a las normas sustantivas, como ya ha señalado. Todos los elementos que ha mencionado deben estudiarse detenidamente con miras a su inclusión en un régimen de compensación por actos lícitos.

23. El Sr. BEESLEY dice que la Comisión debe centrar su labor en la solución de los problemas y no adoptar un enfoque puramente teórico. Las opiniones son divergentes. Algunos miembros abogan por un conjunto de artículos basados en el daño, mientras que otros prefieren un proyecto basado en el riesgo. No deja de ser significativo el hecho de que los defensores de ambas posiciones hayan aducido argumentos que podrían utilizarse contra ellos mismos. Es evidente que el criterio subjetivo adoptado por algunos miembros refleja, como debe ser, los diferentes sistemas jurídicos en que se han formado. Pese a ello, el orador sigue creyendo que es posible hallar un terreno común. En cierta medida realmente se ha progresado. Por ejemplo, la Comisión está superando la dificultad inicial que planteaba la regulación del problema del «patrimonio común», cuando antes se mantenía que sería demasiado complicado abordar cuestiones de responsabilidad entre Estados, por no hablar de la responsabilidad de un Estado ante la comunidad internacional en su conjunto. Todos los miembros de la Comisión aceptan, sin embargo, la necesidad de desarrollo progresivo del derecho.

24. El criterio centrado en la solución de los problemas ha sido defendido por el Sr. Hayes, que ha formulado la interesante sugerencia (2113.ª sesión) de separar las dos ramas del tema en dos capítulos, de los que uno contendría los artículos sobre responsabilidad sin culpa y el otro los artículos sobre las cuestiones relativas al riesgo. El orador, por su parte, ya ha citado (2110.ª sesión) precedentes de responsabilidad sin culpa en resoluciones de tribunales arbitrales. Concretamente, el laudo en el asunto de la *Fundición de Trail*¹⁷ se basó realmente en el concepto de responsabilidad causal y no en el de negligencia. Existe también un notable cuerpo de disposiciones convencionales sobre responsabilidad absoluta por actividades especialmente peligrosas. No es seguro que de ese cuerpo legal sea posible extraer alguna norma de derecho consuetudinario. No obstante, el criterio de la responsabilidad causal, por sí solo, no es suficiente para formular un conjunto coherente de proyectos de artículos. Es necesario tener en cuenta, por un lado, la responsabilidad causal o sin culpa, y, por otro, la responsabilidad absoluta. Esta última está regulada en una serie de convenios internacionales sobre responsabilidad internacional por daños causados por actividades especialmente peligrosas.

25. Schneider¹⁸ ha citado recientemente varias decisiones judiciales y arbitrales internacionales basadas en el concepto de la responsabilidad causal y ha demostrado claramente que no es intercambiable con el concepto de responsabilidad absoluta. La responsabilidad causal se basa en el daño, no en la culpa. En opinión del orador,

ya existe, o se está desarrollando, una norma de responsabilidad causal por daños ambientales, basada en el daño y no en la culpa. Sin embargo, no conviene hacer demasiado hincapié en ese punto, porque probablemente profundizaría la divergencia de opiniones en la Comisión. De hecho, otro autor, Ian Brownlie, opina que el derecho internacional carece de una doctrina sobre la responsabilidad causal sin culpa.

26. La responsabilidad absoluta se establece inequívocamente en muchos convenios multilaterales en relación con cuestiones como los daños causados por las instalaciones nucleares, los buques nucleares, los objetos espaciales y algunos casos de contaminación por hidrocarburos. Entre los instrumentos pertinentes cabe citar la Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares, de 1962; la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, de 1963; el Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, de 1960; el Convenio relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de materias nucleares, de 1971, y el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972¹⁹. Naturalmente, los tratados presentan algunas diferencias en lo relativo a cuestiones como las excepciones, pero en todos ellos se establece claramente la norma de la responsabilidad sin culpa y no la de la responsabilidad basada en el riesgo. No puede decirse, sin embargo, que el riesgo, y especialmente el riesgo excepcional, no sea pertinente al tema y no deba tomarse en cuenta en los proyectos de artículos.

27. Ante todas esas dificultades, la Comisión tiene que encontrar una solución, y el orador, por su parte, lo considera posible. Deberían proseguir las deliberaciones sobre los proyectos de artículos 10 a 17, mientras que el Comité de Redacción centra su trabajo en los proyectos de artículos 1 a 9, teniendo presentes tanto lo dicho en el debate como las sugerencias sobre la forma de tratar las cuestiones gemelas del riesgo y la culpa. La Comisión es el órgano idóneo para tratar problemas que quizás sean antiguos en algunos contextos, pero no por ello dejan de ser nuevos en términos de legislación. Sin duda, habrá que trabajar mucho para superar las dificultades. Por razones metodológicas, debe darse trabajo al Comité de Redacción, aunque éste tenga a veces que comunicar a la Comisión que no ha resuelto ningún problema.

28. Para terminar, el orador señala a la atención de la Comisión algunos extractos de precedentes útiles en materia de actividades en el espacio ultraterrestre y derecho de la atmósfera, de los que oficiosamente ya ha distribuido copias a los miembros, y afirma que conviene estar informado de las actividades pertinentes que tienen lugar fuera de las Naciones Unidas.

29. El Sr. MAHIOU dice que tiene intención de referirse al presente tema en el próximo período de sesiones. Su intervención será necesariamente larga, habida cuenta de la importancia del excelente quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/423) y de los 17 proyectos de artículos que contiene. El Relator Especial ha puesto los pies en el suelo, rescatando el tema del nebuloso reino de la teoría. Gracias a ello, la Comisión empieza a comprender más

¹⁶ Véase 2108.ª sesión, nota 9.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Op. cit.* (2111.ª sesión, nota 17), págs. 164 y ss.

¹⁹ En el documento A/CN.4/384, anexo I, figuran referencias a estas convenciones.

claramente el significado y el objetivo de un tema extremadamente importante. Por el momento, el orador se limita a señalar que está de acuerdo en que los proyectos de artículos 1 a 9 se remitan al Comité de Redacción.

Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (A/CN.4/410 y Add.1 a 5²⁰, A/CN.4/415²¹, A/CN.4/422 y Add.1²², A/CN.4/L.431, secc. F)

[Tema 3 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

EXAMEN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS EN SEGUNDA LECTURA

30. El PRESIDENTE recuerda que, en el período de sesiones anterior, el Relator Especial presentó su informe preliminar sobre el tema (A/CN.4/415)²³, en el que analiza los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos (A/CN.4/410 y Add.1 a 5) acerca de los proyectos de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura en el 38.º período de sesiones, en 1986. En ese informe, el Relator Especial también propone algunas enmiendas a los proyectos de artículos que tienen en cuenta los comentarios y observaciones de los gobiernos. Por falta de tiempo, sin embargo, la Comisión no pudo examinar el tema en el período de sesiones anterior.

31. Los proyectos de artículos aprobados provisionalmente en primera lectura²⁴ dicen lo siguiente:

PARTE I

INTRODUCCIÓN

Artículo 1.—Alcance de los presentes artículos

Los presentes artículos se aplican a la inmunidad de un Estado y de sus bienes respecto de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado.

Artículo 2.—Términos empleados

1. Para los efectos de los presentes artículos:

- a) se entiende por «tribunal» cualquier órgano de un Estado, sea cual fuere su denominación, con potestad para ejercer funciones judiciales;
- b) se entiende por «contrato mercantil»:
 - i) todo contrato o acuerdo mercantil de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios;
 - ii) todo contrato de préstamo u otro acuerdo de carácter financiero, incluida cualquier obligación de garantía concerniente a ese préstamo o de indemnización concerniente a ese acuerdo;
 - iii) cualquier otro contrato o acuerdo, sea cual fuere su naturaleza, mercantil, industrial o de arrendamiento de obra o de servicios, pero con exclusión de los contratos individuales de trabajo.

2. Las disposiciones del párrafo 1 relativas a la terminología empleada en los presentes artículos se entenderán sin perjuicio del empleo de esa terminología o del sentido que se le pueda dar en otros instrumentos internacionales o en el derecho interno de cualquier Estado.

²⁰ Reproducido en *Anuario* 1988, vol. II (primera parte)

²¹ *Ibid*

²² Reproducido en *Anuario* 1989, vol. II (primera parte)

²³ Véase *Anuario* 1988, vol. I, págs. 275 y ss., 2081ª sesión, párrs. 2 a 26

²⁴ *Anuario* 1986, vol. II (segunda parte), págs. 8 y ss

Artículo 3.—Disposiciones interpretativas

1. Para los efectos de los presentes artículos se entenderá que el término «Estado» comprende:

- a) el Estado y sus diversos órganos de gobierno;
- b) las subdivisiones políticas del Estado que están facultadas para realizar actos en ejercicio de las prerrogativas del poder público del Estado;
- c) los organismos o entidades del Estado, en la medida en que estén facultados para realizar actos en ejercicio de las prerrogativas del poder público del Estado;
- d) los representantes del Estado cuando actúen en tal carácter.

2. Para determinar si un contrato de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios es mercantil se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato, pero se tendrá en cuenta también su finalidad si en la práctica de ese Estado tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato.

Artículo 4.—Privilegios e inmunidades no afectados por los presentes artículos

1. Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de los privilegios e inmunidades de que goza un Estado en relación con el ejercicio de las funciones:

- a) de sus misiones diplomáticas, sus oficinas consulares, sus misiones especiales, sus misiones ante organizaciones internacionales o sus delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales; y
- b) de las personas adscritas a ellas.

2. Los presentes artículos se entenderán asimismo sin perjuicio de los privilegios e inmunidades que el derecho internacional reconoce *ratione personae* a los jefes de Estado.

Artículo 5.—Irretroactividad de los presentes artículos

Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en los presentes artículos a las que las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes estén sometidas en virtud del derecho internacional independientemente de los presentes artículos, éstos no se aplicarán a ninguna cuestión relativa a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados o de sus bienes que se suscite en un proceso promovido contra un Estado ante un tribunal de otro Estado antes de la entrada en vigor de los presentes artículos respecto de los Estados interesados.

PARTE II

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 6.—Inmunidad del Estado

Todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad respecto de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, según lo dispuesto en los presentes artículos [y en las normas pertinentes del derecho internacional general].

Artículo 7.—Modo de hacer efectiva la inmunidad del Estado

1. Un Estado hará efectiva la inmunidad a que se refiere el artículo 6 absteniéndose de ejercer jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado.

2. Un proceso ante un tribunal de un Estado se entenderá promovido contra otro Estado, se designe o no a éste como parte en el proceso, siempre que tal proceso tenga efectivamente por objeto obligar a ese otro Estado a someterse a la jurisdicción del tribunal o a soportar las consecuencias de una resolución dictada por el tribunal que puedan afectar a los bienes, derechos, intereses o actividades de ese otro Estado.

3. En particular, un proceso ante un tribunal de un Estado se entenderá promovido contra otro Estado cuando se promueva contra uno de sus órganos, o contra una de sus subdivisiones políticas o uno de sus organismos o entidades en relación con un acto realizado en ejercicio de las prerrogativas del poder público, o contra uno de sus representantes en relación con un acto realizado en su carácter de representante, o cuando el proceso tenga por objeto privar a ese otro Estado de sus bienes o del uso de bienes que estén en su posesión o bajo su control.

Artículo 8.—Consentimiento expreso en el ejercicio de jurisdicción

Ningún Estado podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado en relación con cualquier cuestión si ha consentido expresamente en que ese tribunal ejerza jurisdicción en relación con esa cuestión:

- a) por acuerdo internacional;
- b) en un contrato escrito; o
- c) por una declaración ante el tribunal en un caso determinado.

Artículo 9.—Efecto de la participación en un proceso ante un tribunal

1. Ningún Estado podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en un proceso ante un tribunal de otro Estado:

- a) si él mismo ha promovido ese proceso; o
- b) si ha intervenido en ese proceso o ha realizado cualquier otro acto en relación con el fondo.

2. El apartado b del párrafo 1 no se aplicará a ninguna intervención ni a ningún acto realizados con el solo objeto:

- a) de invocar la inmunidad; o
- b) de hacer valer un derecho o interés sobre bienes objeto de litigio en el proceso.

3. La falta de comparecencia de un Estado en un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado no se considerará como consentimiento de ese Estado en que ese tribunal ejerza jurisdicción.

Artículo 10.—Reconvenciones

1. Ningún Estado podrá invocar la inmunidad respecto de la jurisdicción en un proceso que él mismo haya promovido ante un tribunal de otro Estado en lo concerniente a una reconvención formulada contra él y basada en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la demanda principal.

2. Ningún Estado que intervenga en un proceso ante un tribunal de otro Estado para presentar una demanda podrá invocar la inmunidad respecto de la jurisdicción de ese tribunal en lo concerniente a una reconvención formulada contra él y basada en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la demanda presentada por él.

3. Ningún Estado que formule reconvención en un proceso promovido contra él ante un tribunal de otro Estado podrá invocar la inmunidad respecto de la jurisdicción de ese tribunal en lo concerniente a la demanda principal.

PARTE III

**[LIMITACIONES DE] [EXCEPCIONES A]
LA INMUNIDAD DEL ESTADO**

Artículo 11.—Contratos mercantiles

1. Si un Estado celebra con una persona física o jurídica extranjera un contrato mercantil, y si en virtud de las normas aplicables de derecho internacional privado los litigios relativos a ese contrato mercantil corresponden a la jurisdicción de un tribunal de otro Estado, se considerará que el Estado ha consentido en que se ejerza tal jurisdicción en un proceso basado en ese contrato mercantil y, por consiguiente, no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en ese proceso.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplicará:

- a) en el caso de un contrato mercantil concertado entre Estados o entre gobiernos;
- b) si las partes en el contrato mercantil han pactado expresamente otra cosa.

Artículo 12.—Contratos de trabajo

1. Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, la inmunidad de un Estado no podrá ser invocada ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo a un contrato de trabajo entre el Estado y una persona física respecto de servicios ejecutados o que hayan de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado, si el trabajador ha sido contratado en ese otro Estado y está protegido por las disposiciones sobre seguridad social que estén vigentes en ese otro Estado.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplicará:

- a) si el trabajador ha sido contratado para ejecutar servicios relacionados con el ejercicio del poder público;

b) si el proceso se refiere a la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la reposición de un candidato;

c) si el trabajador no era nacional ni residente habitual del Estado del foro en el momento de concertarse el contrato de trabajo;

d) si el trabajador es nacional del Estado empleador en el momento de promoverse el proceso;

e) si el trabajador y el Estado empleador han pactado otra cosa por escrito, salvo que por motivos de orden público los tribunales del Estado del foro tengan conferida jurisdicción exclusiva por razón de la materia objeto del proceso.

Artículo 13.—Lesiones a las personas y daños a los bienes

Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, la inmunidad de un Estado no podrá ser invocada ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo a una acción de indemnización por causa de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes corporales, si el acto o la omisión que se alegue ser atribuible al Estado y que haya causado la muerte, las lesiones o el daño se ha producido total o parcialmente en el territorio del Estado del foro y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión.

Artículo 14.—Propiedad, posesión y uso de bienes

1. Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, la inmunidad de un Estado no podrá ser invocada para impedir que el tribunal de otro Estado, por lo demás competente, ejerza su jurisdicción en un proceso relativo a la determinación:

a) de un derecho o interés del Estado respecto de bienes inmuebles situados en el Estado del foro, la posesión o el uso por el Estado de esos bienes inmuebles o una obligación del Estado nacida de su interés respecto de tales bienes inmuebles o de su posesión o uso de esos bienes;

b) de un derecho o interés del Estado respecto de bienes muebles o inmuebles, nacido en virtud de sucesión, de donación o de ocupación de bien vacante;

c) de un derecho o interés del Estado respecto de la administración de bienes que formen parte del patrimonio de una persona fallecida, de un demente o de un quebrado;

d) de un derecho o interés del Estado respecto de la administración de bienes de una sociedad en el caso de su disolución o liquidación; o

e) de un derecho o interés del Estado respecto de la administración de bienes en fideicomiso o de bienes poseídos de otro modo a título fiduciario.

2. Nada impedirá que un tribunal de otro Estado ejerza jurisdicción en un proceso promovido ante él contra una persona que no sea un Estado, no obstante el hecho de que el procedimiento concierne a bienes o esté dirigido a privar al Estado de bienes:

a) que se encuentran en posesión del Estado o bajo su control; o

b) respecto de los cuales el Estado reivindica un derecho o interés, si el Estado mismo no hubiera podido invocar la inmunidad de haberse promovido el proceso contra él o si el derecho o interés reivindicado por el Estado no está reconocido ni fundado en un principio de prueba.

Artículo 15.—Patentes de invención, marcas de fábrica o de comercio y otras formas de propiedad intelectual o industrial

Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, la inmunidad de un Estado no podrá ser invocada ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo:

a) a la determinación de cualquier derecho del Estado sobre una patente de invención, dibujo o modelo industrial, nombre comercial o razón social, marca de fábrica o de comercio, derecho de autor o cualquier otra forma análoga de propiedad intelectual o industrial que goce de protección jurídica, aunque sea provisional, en el Estado del foro; ni

b) a la alegación de una presunta lesión por el Estado, en el territorio del Estado del foro, de un derecho mencionado en el apartado a perteneciente a un tercero y protegido en el Estado del foro.

Artículo 16.—Cuestiones tributarias

Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, la inmunidad de un Estado no podrá ser invocada ante un tribunal de

otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo a las obligaciones tributarias, como derechos, impuestos y otros gravámenes análogos, a que pueda estar sujeto con arreglo a la legislación del Estado del foro.

Artículo 17.—Participación en sociedades u otras colectividades

1. Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, la inmunidad de un Estado no podrá ser invocada ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo a su participación en una sociedad u otra colectividad, con personalidad jurídica propia o sin ella, y concerniente a las relaciones entre el Estado y la sociedad o colectividad o los demás participantes, cuando ésta:

a) comprenda socios que no sean Estados u organizaciones internacionales; y

b) se haya constituido con arreglo a la ley del Estado del foro o tenga la sede de su dirección o su establecimiento principal en ese Estado.

2. El párrafo 1 no se aplicará si las partes en litigio han pactado por escrito lo contrario o si los estatutos o cualquier otro instrumento por el que se haya creado o se rija la sociedad o colectividad de que se trate contienen disposiciones en contrario.

Artículo 18.—Buques de propiedad del Estado o explotados por él y destinados a un servicio comercial

1. Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, ningún Estado que tenga la propiedad de un buque destinado a un servicio comercial [no gubernamental], o que lo explote, podrá invocar la inmunidad respecto de la jurisdicción de un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a la explotación de ese buque siempre que, en el momento de nacer el derecho de acción, el buque fuera utilizado o estuviera destinado exclusivamente a ser utilizado para fines comerciales [no gubernamentales].

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplica a los buques de guerra y buques auxiliares, ni a otros buques de propiedad de un Estado o explotados por éste y utilizados o destinados a ser utilizados en un servicio gubernamental no comercial.

3. A los efectos de este artículo, se entenderá por «proceso relativo a la explotación de ese buque», en particular, cualquier proceso que tenga por objeto decidir:

a) sobre una demanda relativa a abordajes u otros accidentes de navegación;

b) sobre una demanda relativa a asistencia, salvamento o avería gruesa;

c) sobre una demanda relativa a reparaciones, avituallamiento u otros contratos relativos al buque.

4. Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, ningún Estado podrá invocar la inmunidad respecto de la jurisdicción de un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo al transporte de un cargamento a bordo de un buque de propiedad de ese Estado o explotado por él y destinado a un servicio comercial [no gubernamental] siempre que, en el momento de nacer el derecho de acción, el buque fuera utilizado o estuviera destinado exclusivamente a ser utilizado para fines comerciales [no gubernamentales].

5. Lo dispuesto en el párrafo 4 no se aplica al cargamento transportado a bordo de los buques a que se refiere el párrafo 2, ni al cargamento perteneciente a un Estado y utilizado o destinado exclusivamente a ser utilizado en un servicio gubernamental no comercial.

6. Los Estados podrán alegar la prescripción y todas las demás excepciones y limitaciones de responsabilidad a que puedan acogerse los buques y cargamentos de propiedad privada y sus propietarios.

7. Si en un proceso surge alguna cuestión en relación con el carácter gubernamental y no comercial del buque o del cargamento, un certificado firmado por el representante diplomático u otra autoridad competente del Estado al que pertenezca el buque y comunicado al tribunal hará prueba del carácter de ese buque o de ese cargamento.

Artículo 19.—Efectos de un compromiso arbitral

Si un Estado concluye por escrito un compromiso con una persona física o jurídica extranjera a fin de someter a arbitraje todo litigio relacionado con un [contrato mercantil] [negocio civil o mercantil], ese Estado no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción ante un

tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo:

a) a la validez o la interpretación del compromiso arbitral,

b) al procedimiento de arbitraje,

c) a la anulación del laudo,

a menos que el compromiso arbitral disponga otra cosa.

Artículo 20.—Casos de nacionalización

Las disposiciones de los presentes artículos no prejuzgarán ninguna cuestión que pueda surgir con relación a los efectos extraterritoriales de medidas de nacionalización adoptadas por un Estado respecto de bienes muebles o inmuebles o de cualesquiera otros bienes objeto de propiedad industrial o intelectual.

PARTE IV

INMUNIDAD DEL ESTADO RESPECTO
DE MEDIDAS COERCITIVAS
EN LO QUE CONCIERNE A SUS BIENES

Artículo 21.—Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas

Todo Estado goza de inmunidad, en relación con un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado, respecto de medidas coercitivas, incluida cualquier medida de embargo y ejecución, en lo que concierne al uso de sus bienes o de los que estén en su posesión o bajo su control, [o de aquellos en que tenga un interés jurídicamente protegido,] a menos que:

a) dichos bienes sean utilizados o estén destinados a ser utilizados específicamente con fines comerciales [no gubernamentales] por el Estado y guarden relación con el objeto de la demanda o con el organismo o la entidad contra el que se haya promovido el proceso; o

b) hayan sido asignados o destinados por el Estado a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso.

Artículo 22.—Consentimiento en las medidas coercitivas

1. Ningún Estado podrá invocar la inmunidad, en relación con un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado, respecto de las medidas coercitivas en lo que concierne al uso de sus bienes o de los que estén en su posesión o bajo su control, [o de aquellos en que tenga un interés jurídicamente protegido,] si ha consentido expresamente en la adopción de tales medidas respecto de esos bienes, y dentro de los límites de ese consentimiento, en los términos indicados:

a) por acuerdo internacional;

b) en un contrato escrito; o

c) por una declaración ante el tribunal en un caso determinado.

2. El consentimiento en el ejercicio de jurisdicción a que se refiere el artículo 8 no ha de entenderse que entraña consentimiento en la adopción de medidas coercitivas a tenor de la parte IV de los presentes artículos, para lo cual será necesario un consentimiento separado.

Artículo 23.—Clases especiales de bienes

1. No se considerarán bienes utilizados o destinados a ser utilizados específicamente por el Estado con fines comerciales [no gubernamentales], conforme a lo dispuesto en el apartado a) del artículo 21, los bienes de un Estado de las siguientes clases:

a) los bienes, incluida cualquier cuenta bancaria, que estén situados en el territorio de otro Estado y sean utilizados o estén destinados a ser utilizados para los fines de la misión diplomática del Estado o de sus oficinas consulares, sus misiones especiales, sus misiones ante organizaciones internacionales o sus delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales;

b) los bienes de carácter militar o los que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados con fines militares;

c) los bienes del banco central o de otra autoridad monetaria del Estado que estén situados en el territorio de otro Estado;

d) los bienes que formen parte del patrimonio cultural del Estado, o parte de sus archivos, y que estén situados en el territorio de otro Estado y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta;

e) los bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés científico o histórico en el territorio de otro Estado y que no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta.

2. Ninguna clase de bienes mencionada en el párrafo 1, ni parte de ella, será objeto de medidas coercitivas en relación con un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado, a menos que el Estado de que se trate haya asignado o destinado esos bienes a tenor de lo dispuesto en el apartado b del artículo 21, o haya consentido específicamente en la adopción de medidas coercitivas respecto de esa clase de sus bienes, o de parte de ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 22.

PARTE V

DISPOSICIONES DIVERSAS

Artículo 24.—Notificación del acto de incoación de un proceso

1. La notificación del acto de incoación de un proceso contra un Estado por mandamiento judicial o cualquier otro documento se hará:

a) de conformidad con cualquier acuerdo especial sobre notificación entre el demandante y el Estado interesado;

b) a falta de tal acuerdo, de conformidad con cualquier convenio internacional aplicable que obligue al Estado del foro y al Estado interesado;

c) a falta de tal acuerdo o convenio, transmitiéndola por vía diplomática al ministerio de relaciones exteriores del Estado interesado; o

d) en defecto de lo que antecede, y si la legislación del Estado del foro y la del Estado interesado lo permiten:

i) transmitiéndola por correo certificado dirigido al jefe del ministerio de relaciones exteriores del Estado interesado con acuse de recibo; o

ii) por cualquier otro medio.

2. La notificación por los medios a que se refieren el apartado c y el inciso i) del apartado d del párrafo 1 se entenderá practicada cuando el ministerio de relaciones exteriores haya recibido los documentos.

3. A esos documentos se acompañará, de ser necesario, la traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado interesado.

4. El Estado que comparezca en relación con el fondo en un proceso promovido contra él no podrá alegar después que la notificación del acto de incoación del proceso no se hizo con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 1 y 3.

Artículo 25.—Fallo en ausencia

1. No se dictará fallo en ausencia contra ningún Estado salvo que se pruebe el cumplimiento de lo dispuesto en los párrafos 1 y 3 del artículo 24 y haya expirado un plazo no inferior a tres meses contado desde la fecha en que se haya hecho o se entienda practicada, de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 24, la notificación del mandamiento judicial u otro documento por el que se incoe el proceso.

2. Del fallo en ausencia dictado contra un Estado se transmitirá a éste copia, a la que se acompañará, de ser necesario, la traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado interesado, por uno de los medios indicados en el párrafo 1 del artículo 24, y el plazo señalado para recurrir contra el mismo, que no deberá ser inferior a tres meses contados desde la fecha en que el Estado interesado haya recibido o se entienda que ha recibido la copia del fallo, comenzará a correr a partir de esa fecha.

Artículo 26.—Inmunidad respecto de medidas coactivas

Todq Estado gozará de inmunidad, en relación con un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado, respecto de cualquier medida coactiva en virtud de la cual haya de realizar o abstenerse de realizar determinado acto so pena pecuniaria.

Artículo 27.—Inmunidades procesales

1. El hecho de que un Estado no presente cualquier documento o no revele cualquier otra información para los efectos de un proceso incoado ante un tribunal de otro Estado, o de que se niegue a presentar tal documento o a revelar tal información, no entrañará consecuencias distintas de las que resulten de ese comportamiento en relación con el fondo del asunto. En particular, no se impondrá al Estado ninguna multa o pena por razón de ese comportamiento.

2. Ningún Estado está obligado a prestar caución, fianza o depósito, sea cual fuere su denominación, para garantizar el pago de las costas o gastos judiciales de cualquier proceso en que sea parte ante un tribunal de otro Estado.

Artículo 28.—No discriminación

1. Las disposiciones de los presentes artículos se aplicarán sin discriminación en las relaciones entre los Estados partes en ellos.

2. Sin embargo, no se considerará discriminatorio:

a) que el Estado del foro aplique restrictivamente cualquiera de las disposiciones de los presentes artículos porque así aplique esa disposición el otro Estado interesado;

b) que, por acuerdo, los Estados se concedan recíprocamente un trato diferente del que se establece en las disposiciones de los presentes artículos.

32. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar su segundo informe sobre el tema (A/CN.4/422 y Add.1), que la Comisión examinará junto con el informe preliminar.

33. El Sr. OGISO (Relator Especial) dice que tal vez sea demasiado pronto después de la aprobación de los proyectos de artículos en primera lectura en 1986 para llegar a una apreciación justa de las opiniones de la comunidad internacional acerca de estos artículos, sobre todo en vista de que solamente 29 países han presentado sus observaciones hasta la fecha (A/CN.4/410 y Add.1 a 5) y de que su informe preliminar (A/CN.4/415) no ha dado lugar a ningún comentario de fondo en la Sexta Comisión en el cuadragésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General. El objeto de su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1) es, pues, desarrollar su informe preliminar y sugerir otras enmiendas a algunos de los proyectos de artículos a la luz de los comentarios y observaciones de los gobiernos, con el fin de facilitar el debate de la Comisión.

34. Por lo que se refiere a la parte II del proyecto (Principios generales), dice que básicamente el proyecto de artículos consiste en un principio general de la inmunidad de los Estados, tal como se enuncia en el artículo 6, y cierto número de excepciones o limitaciones a ese principio, previstas en los artículos 11 a 19 de la parte III. Aunque, en primera lectura, ha habido una clara división de pareceres en la Comisión entre quienes favorecen una norma absoluta de la inmunidad del Estado y los que son partidarios de una norma restrictiva, se ha aceptado de modo general que el principio de la inmunidad de los Estados existe como norma de derecho internacional consuetudinario. Esa conclusión ha sido considerada como la justificación para dar comienzo a la labor sobre esta materia.

35. En su informe preliminar, el Relator Especial no se ha ocupado en detalle de la práctica judicial y el derecho interno, que ya había sido tratada extensamente en los ocho informes del anterior Relator Especial²⁵. Atendiendo la petición de algunos miembros de la Comisión, el Relator Especial incluyó de todos modos en su segundo informe una breve exposición de la evolución reciente en la práctica general de los Estados respecto a la inmunidad de los Estados.

36. Un punto de vista que se desprende de los comentarios de los gobiernos es que el Estado es absolutamente

²⁵ Véase *Anuario...* 1988, vol. II (segunda parte), pág. 105, notas 351 y 353.

inmune a la jurisdicción de un tribunal extranjero en casi todas las circunstancias, salvo que haya consentido expresamente en someterse a tal jurisdicción. Según este criterio, la inmunidad absoluta es una norma de derecho internacional general y los Estados que no la observan infringen el derecho internacional. Ahora bien, en la práctica judicial y en el derecho interno, la doctrina de la inmunidad absoluta ha ido cediendo terreno gradualmente a la doctrina de la inmunidad restringida. El proceso en virtud del cual los tribunales nacionales han adoptado un criterio restrictivo se estudia brevemente en su segundo informe (*ibid.*, párrs. 5 a 9).

37. De esta breve recapitulación de la práctica de los Estados se desprende que ya no puede decirse que la teoría absoluta de la inmunidad de los Estados sea una norma universalmente obligatoria de derecho internacional consuetudinario. Puede aducirse que los Estados que no han consentido en la modificación de esa norma pueden todavía fundarse en la doctrina de la inmunidad absoluta, pero, como señalaba el anterior Relator Especial en su sexto informe²⁶, a menos que los partidarios de la doctrina absoluta ofrezcan una prueba concreta de una decisión judicial que admita la inmunidad en casos en que hubiera sido negada en los países que practican la inmunidad restringida, las tendencias restrictivas no pueden negarse en los países que practican la inmunidad restringida. En otras palabras, no se puede negar mediante la simple enunciación de una doctrina contraria o con la mera declaración de un principio absoluto. El hecho decisivo es que la práctica judicial de los Estados que han sostenido la inmunidad absoluta ha cambiado radicalmente.

38. Y a la inversa, se plantea la cuestión de si, con arreglo al derecho internacional general, un Estado goza ahora de libertad para negar la inmunidad a otro Estado según tenga por conveniente. Si la norma de la inmunidad del Estado se rige por el derecho internacional, cabe suponer que el derecho internacional contiene una norma en virtud de la cual la libertad de los Estados para denegar la inmunidad a otros Estados está limitada. Ahora bien, como el problema del grado de esas limitaciones no ha sido resuelto, no es posible llegar a una formulación precisa del consenso general. Es más, los que abogan por la doctrina restrictiva de la inmunidad de los Estados han propuesto que los actos de un Estado extranjero se dividan en dos categorías: actos *jure imperii* y actos *jure gestionis*, y que el Estado extranjero tenga derecho a la inmunidad sólo con respecto a la primera categoría. Por desgracia, en la práctica esa distinción ha planteado dificultades en su aplicación y ésa parece ser una de las razones por las que los que abogan por la doctrina de la inmunidad absoluta dudan en aceptar la tendencia restrictiva. En suma, no hay una significación única, generalmente aceptada tanto de los actos *jure imperii* como de los actos *jure gestionis*, aunque cierto número de estudiosos apoyan el principio de la inmunidad restringida. De todos modos, en vista de la clara tendencia hacia el reconocimiento del principio de que la inmunidad jurisdiccional de los Estados no es ilimitada, el Relator Especial considera que las dos categorías de actos deben elaborarse y definirse en términos jurídicos objetivos.

39. En su informe preliminar (A/CN.4/415, párr. 67), el Relator Especial propuso que en el artículo 6 (Inmunidad del Estado) se suprimiesen las palabras «y en las normas pertinentes del derecho internacional general», que figuraban entre corchetes. También sugirió, de conformidad con la propuesta del Gobierno de España, que esta cuestión podía tratarse en el preámbulo de la futura convención. No sería totalmente ilógico, por supuesto, dada la reciente evolución en favor de la doctrina de la inmunidad restringida, mantener esas palabras. El peligro está en que podría dar lugar a un aumento en las excepciones a la inmunidad y, por consiguiente, a una restricción excesiva sobre los actos *jure imperii*. Si, por esta y otras razones, se acuerda que se supriman las palabras de que se trata, el Relator Especial propone el siguiente nuevo artículo 6 *bis* con objeto de preservar el equilibrio entre los dos puntos de vista contrapuestos (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 17):

«Artículo 6 bis

»A pesar de lo dispuesto en el artículo 6, cualquier Estado Parte podrá, al firmar esta Convención o depositar su ratificación o adhesión, o en cualquier otra fecha posterior, declarar cualquier excepción a la inmunidad de los Estados además de los casos comprendidos en los artículos 11 a 19, con arreglo a lo cual el tribunal de ese Estado podrá incoar un proceso contra otro Estado Parte, a menos que este último Estado formule objeciones dentro de treinta días a partir de la fecha de la declaración. El tribunal del Estado que haya hecho la declaración no podrá incoar un proceso con arreglo a la excepción a la inmunidad de los Estados contenida en la declaración contra el Estado que ha formulado objeciones contra esa declaración. El Estado que haya hecho la declaración o el Estado que haya presentado la objeción podrá retirar su declaración o su objeción en cualquier momento.»

Un artículo de esa índole no sería incompatible con la actual tendencia en la práctica de los Estados hacia la regla restrictiva de la inmunidad y puede conducir a la formación de una norma precisa de derecho internacional consuetudinario basada en una práctica judicial entre los Estados uniforme y regular. El Sr. Ogiso comprende, no obstante, que si se adopta el proyecto de artículo 6 *bis* y se suprimen las palabras entre corchetes del artículo 6, puede ser que haya que revisar el artículo 28.

40. Volviendo a la parte III del proyecto, los miembros recordarán que la Comisión retuvo dos alternativas para el título, a saber, la expresión «limitaciones de» la inmunidad del Estado y la expresión «excepciones a» la inmunidad del Estado. Si bien el Relator Especial no cree que la elección entre las dos alternativas plantee ninguna dificultad particular, tal vez fuera preferible más adelante, durante la segunda lectura, remitir la cuestión al Comité de Redacción, pidiéndole que formule la recomendación apropiada después de haber examinado todos los proyectos de artículos.

41. En relación con el artículo 11, sobre contratos mercantiles, señala que en su informe preliminar propuso que el párrafo 2 del artículo 3, que se refiere a la determinación de un contrato mercantil, se reemplace por el texto del párrafo 3 del nuevo artículo 2 propuesto (A/CN.4/415, párrs. 29 y 39). Ha sugerido que se tenga en cuenta la opinión de cierto número de gobiernos que no estuvieron de acuerdo con el uso del criterio de la finalidad para determinar si ciertas actividades deben considerarse como

²⁶ *Anuario...* 1984, vol. II (primera parte), pág. 16, documento A/CN.4/376 y Add.1 y 2, párrs. 46 y 47.

comerciales. Esos gobiernos consideraron también que el párrafo 2 del artículo 3, en particular la frase «si en la práctica de ese Estado tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato», era vago, excesivamente subjetivo y artificial. A juicio del Relator Especial, el criterio de la finalidad es particularmente necesario en ciertos casos como las actividades de ayuda alimentaria y debe tenerse en cuenta en los casos relativos a los contratos pertinentes.

42. Ahora bien, el doble criterio establecido en el párrafo de que se trata está relacionado primordialmente con la naturaleza del contrato y también con la práctica pertinente de un Estado extranjero, algo que puede dar lugar a incertidumbres en la aplicación porque «la práctica de ese Estado» no es forzosamente clara y podría de ese modo tender hacia la doctrina de la inmunidad absoluta. Partiendo de una interpretación literal de la disposición, es manifiesto que el criterio de la finalidad debe utilizarse como elemento suplementario en casos de duda; pero, como se indica en el comentario al artículo,

si de la aplicación del criterio de la «naturaleza» se desprende que el contrato o acuerdo es aparentemente mercantil, el Estado tiene la posibilidad de impugnar esta conclusión atendiendo a la finalidad del contrato o acuerdo²⁷

43. La finalidad de un contrato estará casi siempre determinada de modo unilateral, conforme a la práctica del Estado demandado, según ha señalado el Reino Unido en su comentario sobre el párrafo 2 del artículo 3. En realidad, el doble criterio está destinado a ofrecer una protección adecuada a los países en desarrollo en sus esfuerzos de desarrollo económico nacional. La necesidad de la disposición es innegable, pero podría lograrse un criterio más equilibrado mediante la fórmula sugerida para el párrafo 3 del nuevo artículo 2 propuesto (*ibid.*):

«Para determinar si un contrato de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios es mercantil, se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato; pero si un acuerdo internacional entre los Estados interesados o un contrato escrito entre las partes estipula que el contrato tiene un fin público gubernamental, ese fin deberá tenerse en cuenta para la determinación del carácter no mercantil del contrato.»

44. El Relator Especial celebraría que la Comisión le diera nuevas indicaciones respecto del nuevo artículo 11 *bis* propuesto (*ibid.*, párr. 122), dado que la cuestión de que se trata es de importancia capital.

45. Con respecto al artículo 13, tal como indicaba el anterior Relator Especial en su quinto informe²⁸, las disposiciones pertinentes de instrumentos de codificación recientes prevén la denegación de la inmunidad en caso de hechos ilícitos de Estados extranjeros que causan la muerte, lesiones corporales o materiales o pérdida de bienes. Estas disposiciones suelen exigir la jurisdicción territorial para que sea aplicable la excepción en caso de delito o cuasidelito. En consecuencia, la segunda condición territorial del artículo puede suprimirse.

46. Por lo que se refiere a la cuestión de la responsabilidad de los Estados, la ilicitud del hecho o de la omisión

no está determinada por referencia a las normas de derecho internacional. Según el comentario al artículo 13 (anteriormente artículo 14), «esta excepción a la regla de la inmunidad sólo se aplica en los casos o circunstancias en que el Estado interesado habría sido responsable en virtud de la *lex loci delicti commissi*»²⁹. En otras palabras, que la ley aplicable es en principio la ley del Estado del foro.

47. En un asunto célebre y aparentemente excepcional, *Letelier c. República de Chile* (1980), relacionado con el homicidio de un ex Embajador de Chile ante los Estados Unidos de América, se interpuso una acción contra Chile ante un tribunal de los Estados Unidos con arreglo a la sección 1605 *a* (5) de la *United States Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*. Chile reivindicó la inmunidad soberana fundándose en que el hecho constituía un acto público de asesinato político. El tribunal, no obstante, decidió que cabía afirmar la jurisdicción sobre un Estado extranjero por sus actos públicos ilícitos. A veces un Estado no puede, por consideraciones políticas, sustanciar un procedimiento a base de las normas sobre la responsabilidad de los Estados previstas por el derecho internacional, pero no se puede decir que sea más apropiado que la víctima recurra al tribunal local contra un Estado extranjero con arreglo a la ley del Estado del foro.

48. Además, si bien el artículo 13 contempla la lesión a la integridad física de la persona y los daños tangibles a los bienes, puede aducirse que su ámbito es demasiado amplio para contar con el apoyo de un número suficiente de Estados en su actual formulación. La intención de la Comisión, según se refleja en su comentario, es que el artículo 13 contemple principalmente los accidentes que se producen ordinariamente en el territorio del Estado del foro. Este artículo fue restablecido a su forma actual en 1984, después de haber sido sustituido por el anterior Relator Especial por una disposición que circunscribía su aplicación a los accidentes del tráfico, para los cuales se podía recurrir normalmente a la protección de un seguro. En todo caso, la Comisión debe reconsiderar el ámbito de este artículo teniendo en cuenta el hecho de que hasta ahora las demandas de reparación relacionadas con infracciones criminales rara vez se han encontrado en la práctica. Si se redujera de tal modo el alcance del artículo, el proyecto de artículo 6 *bis* (véase párr. 39 *supra*) podría ser de interés como factor de transacción.

49. Varios países, tales como los Estados Unidos, el Reino Unido, Singapur y Sudáfrica, cuentan en la actualidad con legislación respecto a cuasidelitos en materia no comercial. No obstante, casi todos los asuntos judiciales sustanciados antes de la promulgación de esa legislación se referían a accidentes de la circulación, y el Relator Especial tiene entendido que el asunto *Letelier* puede ser el único caso en que la excepción por atentado contra la integridad física de las personas haya dado por resultado la inadmisión de la inmunidad. Por eso el Relator Especial desea obtener el parecer de la Comisión acerca de la cuestión de si, restringiendo el alcance del artículo 13 a los accidentes del tráfico, podría resultar más aceptable.

50. Algunos gobiernos de países en desarrollo han formulado objeciones al artículo 15 por considerar que tendrían efectos perjudiciales para el crecimiento y desarrollo

²⁷ *Anuario* 1983, vol. II (segunda parte), pág. 39, párr. 2 del comentario al párrafo 2 del artículo 3.

²⁸ *Anuario* 1983, vol. II (primera parte), pág. 27, documento A/CN.4/363 y Add.1.

²⁹ *Anuario* 1984, vol. II (segunda parte), pág. 69, párr. 2 del comentario.

económicos de sus países. En general, opinan que abstenerse de promulgar una legislación que proteja la propiedad industrial o intelectual es compatible con los intereses nacionales, puesto que la reproducción libre de cualquier adelanto tecnológico en sus países podría ser beneficioso para la sociedad en general. Puede aducirse que la protección de los derechos de propiedad intelectual es una de las condiciones importantes para la expansión de la actividad comercial mundial.

51. El artículo 15 no afecta de por sí, en modo alguno, la competencia de un Estado para seleccionar y llevar a la práctica su propia política dentro de su territorio. En realidad, establece dos restricciones territoriales específicas para que la excepción propuesta a la inmunidad del Estado pueda aplicarse. En primer lugar, la infracción que se alega debe haber ocurrido dentro del territorio del Estado del foro, y en segundo lugar, el asunto debe tratarse de derechos protegidos en el Estado del foro. Por consiguiente, en virtud del artículo 15, un tribunal interno no tiene competencia para decidir acerca de una infracción ocurrida fuera del territorio del Estado del foro. A este respecto, la observación del Gobierno de México sobre el apartado *a* (véase A/CN.4/415, párr. 160) es muy pertinente y proporciona una interpretación correcta del artículo.

52. El Relator Especial propuso en su informe preliminar que se suprimiesen las palabras «no gubernamental» en el artículo 18 (*ibid.*, párr. 191). Si se mantienen, los párrafos 1 y 4 podrían interpretarse en el sentido de que un buque de propiedad del Estado y utilizado para un servicio comercial goza de inmunidad respecto de la jurisdicción de otro Estado. Así, mientras que todos los buques comerciales explotados en virtud de un sistema de comercio estatal pueden invocar la inmunidad, los barcos comerciales explotados con arreglo al sistema de la libre empresa, tanto si pertenecen a Estados industrialmente adelantados como a Estados en desarrollo, estarían sujetos a la jurisdicción local. Una consecuencia jurídica tan desigual es totalmente inaceptable para un número apreciable de Estados. La supresión de las palabras «no gubernamental» estaría en consonancia con la tendencia general en las convenciones internacionales, tales como la Convención de Bruselas de 1926 sobre la inmunidad de los buques pertenecientes a Estados, la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua, de 1958 (art. 22), y la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982 (arts. 31 y 32).

53. A este propósito, dos gobiernos han señalado que sería conveniente introducir en los proyectos de artículos el concepto de propiedad del Estado separada, con objeto de resolver el problema relacionado con los buques de propiedad del Estado o los buques explotados por el Estado para un servicio comercial. Habida cuenta de estas observaciones y de la necesidad de una nueva disposición semejante al proyecto de artículo 11 *bis* propuesto en su informe preliminar, sugiere que se incorpore en el artículo 18 el siguiente nuevo párrafo 1 *bis* (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 26):

«Si una empresa estatal, sea un organismo o una entidad distinta del Estado, explota un buque de propiedad del Estado y destinado a un servicio comercial por cuenta del Estado y si, en virtud de las normas aplicables de derecho internacional privado, los litigios relativos a la explotación de ese buque corresponden a la jurisdicción del tribunal de otro Estado, se entenderá que aquel Estado ha consentido en el ejercicio de esa jurisdicción en un proceso relativo a la explotación de ese buque, a

menos que la empresa estatal, con derecho a poseer bienes de Estado separados y a disponer de ellos, tenga capacidad para demandar o ser demandada en ese proceso.»

Aunque la redacción de este párrafo difiere de la del proyecto de artículo 11 *bis*, no se pretende ningún cambio de fondo, y el Relator Especial confía en que se hará el ajuste necesario en el Comité de Redacción.

54. Un gobierno ha sugerido que la Comisión considere la cuestión de las aeronaves de propiedad del Estado o explotadas por el Estado para servicio comercial. Como señaló en su segundo informe (*ibid.*, párr. 28), esta materia se rige por los tratados internacionales sobre la aviación civil, entre ellos el Convenio sobre la reglamentación de la navegación aérea (París, 1919), el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional (Varsovia, 1929), el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de aeronaves (Roma, 1933), el Convenio sobre aviación civil internacional (Chicago, 1944) y el Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras (Roma, 1952). El Relator Especial se inclina por la opinión de que, aparte de estos tratados, no hay una regla uniforme de derecho internacional consuetudinario concerniente a la inmunidad de las aeronaves de propiedad del Estado o explotadas por el Estado. Además, hay pocos asuntos judiciales de interés que puedan constituir práctica de los Estados. El orador sugeriría, pues, que la cuestión de las aeronaves se estudie con arreglo al criterio expuesto en su informe, en el comentario, en vez de insertar una disposición especial en el artículo 18.

55. Con respecto a las dos alternativas entre corchetes del artículo 19, la expresión «negocio civil o mercantil» es preferible a la de «contrato mercantil». Si el fundamento que sirve de base al artículo es el consentimiento implícito, no hay razón para denegar la inmunidad en los casos en que media un acuerdo de arbitraje aduciendo una excepción como la de un contrato mercantil. Además, la mención de «negocio civil» parece tener la ventaja de no excluir asuntos como el arbitraje de controversias nacidas del salvamento de un buque y que podrían no considerarse como exclusivamente mercantiles.

56. En cuanto a la mención de un tribunal, el artículo 19 emplea las palabras «ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente», mientras que la propuesta original del anterior Relator Especial decía «por un tribunal de otro Estado en cuyo territorio de acuerdo con cuya ley se haya realizado o vaya a realizarse el arbitraje» (*ibid.*, párr. 33). El Relator Especial prefiere esta última fórmula. Aunque a veces se dice que el arbitraje es un procedimiento particular de solución de controversias distinto de la solución por vía judicial, los tribunales ordinarios han aportado su apoyo al arbitraje. A la vista de esta práctica jurídica, el artículo 19 introduce en el proyecto el principio de la denegación de la inmunidad del Estado ante los tribunales nacionales en los procedimientos relacionados con el arbitraje, aun cuando una de las partes sea un Estado extranjero. Naturalmente, las modalidades de esta función de supervisión por los tribunales nacionales puede variar según las normas aplicables de cada ordenamiento jurídico interno. Con arreglo al artículo 19, la supervisión del arbitraje se extiende a las cuestiones relacionadas con el compromiso arbitral, tales como la interpretación y la validez de ese compromiso, el procedimiento arbitral y la

revocación de los laudos arbitrales. Alguna legislación interna específica que un laudo puede ser revocado por razones de orden público. En el Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, de 1958, se dispone que la revocación de un laudo sólo puede ser decidida por un tribunal del Estado en donde haya tenido lugar el arbitraje.

57. Acerca de la cuestión del alcance de las actuaciones judiciales que entrañan el ejercicio de la jurisdicción de supervisión por un tribunal de otro Estado, un Gobierno ha sugerido que se agregue en el apartado c del artículo 19 una referencia al «reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral» (*ibid.*, párr. 35).

58. Salvo una excepción, las leyes recientes no consideran el hecho de que un Estado se someta al arbitraje como una renuncia a la inmunidad de jurisdicción respecto de la ejecución, pero el Relator Especial no ha tenido la oportunidad de estudiar la parte pertinente de las recientes reservas de los Estados Unidos en relación con este punto. En la práctica de los Estados, parece que se han manifestado dos opiniones contrapuestas acerca de si, al concertar un compromiso de arbitraje, un Estado no puede hacer valer su inmunidad en un procedimiento relativo a la ejecución de un laudo arbitral dictado contra él. En opinión del Relator Especial, la ejecución de los laudos arbitrales se trata correctamente en el proyecto de artículos, no obstante la observación de Australia en la que se sugiere la necesidad de una formulación más explícita (*ibid.*, párr. 37 al final).

59. Si se enfoca la cuestión desde el punto de vista de que la demanda de ejecución no tiene ninguna utilidad más que la de constituir un primer paso hacia la ejecución, la excepción de inmunidad del Estado podría invocarse en el procedimiento dirigido a obtener la orden preliminar en la medida en que el Estado no ha dado su consentimiento para someterse a la jurisdicción de los tribunales con respecto a la ejecución propiamente dicha. Por otra parte, si se considera, estableciendo una distinción entre el reconocimiento de un laudo y su ejecución, que el reconocimiento es el complemento natural del carácter obligatorio de todo compromiso arbitral y no debe estar expuesto a consideraciones de inmunidad soberana, la inmunidad sería aplicable al proceso de ejecución pero no a la etapa anterior, que es la del reconocimiento del laudo arbitral.

60. En relación con esta cuestión, los tribunales franceses establecen una distinción estricta entre el reconocimiento de los laudos arbitrales y la ejecución efectiva de éstos (*ibid.*, párr. 40). El método de tratar las demandas de ejecución de laudos arbitrales contra un Estado extranjero puede ser propio de Francia, pero ofrecerá a la Comisión una orientación útil para reexaminar la cuestión. Por consiguiente, el Relator Especial sugiere que, para incluir el caso en que el Estado del foro adopte una legislación interna que admita el mismo criterio que el tribunal francés, la Comisión podría agregar un nuevo apartado d al artículo 19 que diga: «al reconocimiento del laudo», en la inteligencia de que no debe interpretarse en el sentido de que suponga la renuncia a la inmunidad de ejecución.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

2115.ª SESIÓN

Jueves 8 de junio de 1989, a las 10 horas

Presidente: Sr. Bernhard GRAEFRATH

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Jacovides, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (*continuación*) (A/CN.4/410 y Add.1 a 5¹, A/CN.4/415², A/CN.4/422 y Add.1³, A/CN.4/L.431, secc. F)

[Tema 3 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

EXAMEN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS⁴ EN SEGUNDA LECTURA (*continuación*)

1. El Sr. OGISO (Relator Especial), continuando la presentación de su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1), resume las observaciones y comentarios recibidos de los gobiernos con respecto a la parte IV del proyecto de artículos (Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas en lo que concierne a sus bienes).

2. Aunque la mayoría de los gobiernos consideran que la inmunidad con respecto a las medidas coercitivas es distinta de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, algunos juristas aducen que ofrecer a los demandantes la posibilidad de intentar una acción contra un Estado extranjero para privarles luego, por la acción de la inmunidad de ejecución, de los beneficios de su acción cuando obtienen una decisión favorable, equivale a exponerles a la doble decepción de un fallo inejecutable y de unos gastos onerosos. El Gobierno suizo observa que el proyecto de artículos se aparta sensiblemente en este punto del Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, de 1972. De todos modos, el régimen establecido por este Convenio, que se basa en la obligación de los Estados contratantes de respetar voluntariamente los fallos pronunciados contra ellos, es difícil de transponer sin más modificación. Aparte de la renuncia a la inmunidad, la *State Immunity Act 1978* del Reino Unido autoriza la ejecución de las sentencias y de los laudos arbitrales sobre los bienes utilizados o destinados a ser utilizados con fines comerciales. La *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* de los Estados Unidos establece como norma general la inmunidad respecto de las medidas de ejecución, y prevé cierto núme-

¹ Reproducido en *Anuario...* 1988, vol. II (primera parte).

² *Ibid.*

³ Reproducido en *Anuario...* 1989, vol. II (primera parte).

⁴ Para el texto, véase 2114.ª sesión, párr. 31.