

quedar sujetas a la jurisdicción extranjera, se verá obligada a someter al mismo trato a las embajadas extranjeras en su territorio.

41. Este ejemplo revela la necesidad de definir con precisión el alcance de la inmunidad de los Estados. Si se excluye del proyecto la inmunidad diplomática, la Comisión debe indicarlo claramente y no debe dejar que sea el derecho interno el que decida en virtud del apartado *d* del párrafo 2. Ese punto es particularmente importante porque los Estados participan cada vez más en actividades en otros Estados en diversas esferas. Evidentemente, estas actividades implican el empleo de personal local, cuyos intereses han de protegerse contra los de los empleadores del Estado extranjero. Pero al mismo tiempo, ello no debe ir en detrimento de las relaciones amistosas entre los Estados interesados. Ese elemento constituye la auténtica motivación del artículo 13, y la tendencia incipiente mencionada por el Relator Especial es pertinente a ese respecto.

42. Con relación al párrafo 1, seguramente la finalidad de la frase « A menos que se acuerde de otra manera » es convertir la norma enunciada en el artículo en norma de carácter supletorio, que pueda modificarse por acuerdo detallado entre las partes en la futura convención a la que probablemente dará origen la serie de proyectos de artículos. Desgraciadamente, el texto del artículo no indica claramente si se refiere sólo a los empleados locales del Estado extranjero. Así pues, caben dos posibilidades: o bien deben identificarse claramente las personas cuyos intereses se protegen, o debe definirse la expresión « contratos de empleo » a fin de indicar de qué tipos de empleo se trata. Esta última solución indicaría, en efecto, con mayor claridad la verdadera intención del apartado *a* del párrafo 2, evitando la impresión equivocada de que el Estado extranjero puede contratar y despedir personas a su antojo, y también limitaría el sentido de la frase « A menos que [...] por razón del tema de que se trata » del apartado *d* del párrafo 2, que no debe dar la primacía al derecho local. Además, sería preferible que en el apartado *a* del párrafo 2 se sustituyese « el despido » por « la cesación del contrato ». Con sujeción a esos cambios, el artículo 13 sería aceptable.

*Se levanta la sesión a las 13 horas.*

## 1765.ª SESIÓN

*Viernes 20 de mayo de 1983, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Laurel B. FRANCIS

*Miembros presentes:* Sr. Al-Qaysi, Sr. Balanda, señor Barboza, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Evensen, Sr. Flitan, Sr. Jagota, Sr. Koroma, Sr. Laclea Muñoz, Sr. Mahiou, Sr. Malek, Sr. McCaffrey, Sr. Ni, Sr. Ogiso, señor Quentin-Baxter, Sr. Razafindralambo, Sr. Riphagen, Sir Ian Sinclair, Sr. Stavropoulos, Sr. Sucharitkul, señor Ushakov, Sr. Yankov.

### Conferencia en memoria de Gilberto Amado

1. El PRESIDENTE recuerda la decisión adoptada por la Comisión en su 23.º período de sesiones<sup>1</sup> por recomendación de la Sexta Comisión de la Asamblea General, que instituyó la conferencia en memoria de Gilberto Amado como un acontecimiento anual para mantener viva la memoria de ese ilustre jurista brasileño, que durante tantos años fue miembro de la Comisión. La Comisión estableció entonces un comité asesor a fin de seleccionar al conferenciante de cada año y de supervisar la publicación del texto de su conferencia. Los gastos corren a cargo de un fondo renovable sostenido por un generoso subsidio del Gobierno del Brasil.

2. Tras de celebrar consultas con los miembros, sugiere ahora que el Comité Asesor de la Conferencia en memoria de Gilberto Amado esté integrado durante el actual mandato de la comisión por el Sr. Calero Rodrigues como presidente, y el Sr. Jagota, el Sr. Quentin-Baxter y el Sr. Ushakov como miembros, con un quinto miembro de Africa que debe ser nombrado ulterioresmente. El Sr. Gibrain, Oficial Jurídico Superior de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, actuará como secretario del Comité Asesor.

*Así queda acordado.*

3. El Sr. CALERO RODRIGUES declara que es un gran honor para él la tarea que así se le ha confiado y, como brasileño, le complace que la Comisión haya podido reanudar la tradición de la Conferencia en memoria de Gilberto Amado. Espera vivamente que se mantenga esta tradición en los años venideros a fin de perpetuar la memoria de su eminente predecesor.

### Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (*continuación*) [A/CN.4/357<sup>2</sup>, A/CN.4/363 y Add.1<sup>3</sup>, A/CN.4/371<sup>4</sup>, A/CN.4/L.352, secc. D, ILC (XXXV)/Conf.Room Doc.1 y 4]

[Tema 2 del programa]

PROYECTO DE ARTÍCULOS  
PRESENTADO POR EL RELATOR ESPECIAL<sup>5</sup>  
(*continuación*)

<sup>1</sup> *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 382, documento A/8410/Rev.1, párrs. 164 a 169.

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> *Idem.*

<sup>5</sup> Los textos de los proyectos de artículos examinados por la Comisión en sus anteriores períodos de sesiones se reproducen de la forma siguiente:

*Parte I* del proyecto: *a*) art. 1 revisado y comentario al mismo aprobados provisionalmente por la Comisión: *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), pág. 107; *b*) art. 2: *ibid.*, pág. 103, nota 224; texto revisado (párr. 1, apartado *a*): *ibid.*, pág. 107; *c*) arts. 3, 4 y 5: *ibid.*, pág. 103, notas, 225, 226 y 227.

*Parte II* del proyecto: *d*) art. 6 y comentario al mismo aprobados provisionalmente por la Comisión: *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 139; *e*) arts. 7, 8 y 9 y comentarios a los mismos aprobados provisionalmente por la Comisión: *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), págs. 108 y ss.; *f*) art. 10 revisado: *ibid.*, pág. 102, nota 218.

*Parte III* del proyecto: *g*) arts. 11 y 12: *ibid.*, notas 220 y 221; textos revisados: *ibid.*, pág. 107, nota 237.

ARTÍCULO 13 (Contratos de empleo)<sup>6</sup> (continuación)

4. El Sr. McCAFFREY elogia la probidad intelectual con que ha actuado el Relator Especial para no tomar partido y la franqueza con la que, en su quinto informe (A/CN.4/363 y Add.1) ha indicado las decisiones pertinentes y, en algunos casos, la ausencia de éstas.

5. Por su parte, el orador se suma a la postura adoptada por el Sr. Evensen y el Sr. Calero Rodrigues (1763.<sup>a</sup> sesión), para señalar el peligro de caer en el abuso del método inductivo, cosa que el Relator Especial ha evitado con acierto al procurar armonizar las posiciones de los Estados sobre esta materia. Por supuesto, de nada servirá a los gobiernos que la Comisión proclame una regla absoluta, ya sea de inmunidad o de no inmunidad. Para que el proyecto de artículos pueda ser realmente útil a los Estados, debe presentar una imagen realista de la práctica actual de los Estados y del sentido en el que esa práctica se orienta.

6. Aunque no quiere repetir las observaciones que formuló en el anterior período de sesiones sobre este tema en general, el Sr. Calero Rodrigues desaprueba la tendencia a considerar esta cuestión en términos absolutos y sin matizarla. En realidad, el uso mismo de expresiones tales como « inmunidad absoluta » e « inmunidad restringida » presenta el inconveniente de sugerir erróneamente que hay dos criterios diametralmente opuestos sobre esta materia. Este modo de plantear el problema favorece la división en cuanto que pone de relieve los sectores de divergencia con preferencia a los sectores de común acuerdo, siendo así que estos últimos son en realidad mayores, como puede verse examinando esos instrumentos tan útiles y funcionales que son la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, y la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963.

7. Un método unitario consistiría en que la Comisión partiera del principio de la igualdad soberana de los Estados, punto sobre el que se está en general de acuerdo. De ello se infiere que un soberano no puede entrar en el territorio de otro sin el consentimiento de éste, que se da para satisfacer las necesidades funcionales de las relaciones diplomáticas y de otra índole. El elemento decisivo, sin embargo, es que no es preciso que ese consentimiento se dé sin restricciones. Puede estar sujeto, y lo está casi siempre, a algunas limitaciones o condiciones expresas o implícitas. Como indicó el Magistrado Marshall, Presidente del Tribunal Supremo, en su fallo sobre *The Schooner « Exchange » c. McFaddon and Others* (1812)<sup>7</sup>, la jurisdicción de los tribunales es una rama del poder soberano independiente que la nación posee, y todas las excepciones al poder pleno y completo de una nación, en sus propios territorios, tienen que dimanar del consentimiento de la nación misma, porque no pueden proceder de ninguna otra fuente legítima. El Presidente del Tribunal Supremo agregaba que como un soberano no puede en modo alguno someterse a otro, cabe suponer que entra en un terri-

torio extranjero solamente en virtud de una « autorización expresa ». Se ha utilizado el término « autorización » (« licence ») deliberadamente porque en el derecho inmobiliario estadounidense, « licence » denota una autorización o privilegio revocable que el propietario de una finca da a otro para entrar en ella. No sólo es una autorización revocable por su naturaleza misma, sino que puede otorgarse, y en general se otorga, con sujeción a condiciones. De ahí la observación de Brownlie, citada por el Relator Especial (A/CN.4/363 y Add.1, nota 80), de que un Estado puede promulgar « una ley que rija las inmunidades de los Estados extranjeros en la que se enumerarían los actos que entrañarían la aceptación de la jurisdicción local » y que « Así se les daría a los Estados licencia para operar dentro de la jurisdicción con condiciones expresas [...] »<sup>8</sup>.

8. La cuestión estriba ahora en determinar hasta qué punto —fuera del sector previsto en las Convenciones de Viena de 1961 y 1963— hay una tendencia hacia la uniformidad en las autorizaciones dadas por Estados a otros Estados para que entren en su territorio o realicen operaciones comerciales en él. Lo esencial del proyecto de artículo 13 es la medida en que unos Estados someten a otros a la jurisdicción de sus tribunales en los litigios laborales como condición para conceder una autorización para entrar en su territorio.

9. Indudablemente, es de interés para el Estado huésped dejar toda la libertad posible al personal diplomático del Estado que envía o Estado « invitado » en el desempeño de sus funciones oficiales, y dado el interés común por la buena marcha de las relaciones diplomáticas, son por lo general controversias laborales en las que no está directamente implicado personal diplomático las que suscitan problemas. Sin embargo, el Estado huésped está también interesado en establecer recursos para las violaciones de la ley cometidas dentro de su territorio, pero ese interés cederá el paso a la necesidad de las buenas relaciones interestatales cuando el empleado agraviado es un nacional del Estado que envía y actúa con carácter oficial.

10. Sin embargo, hay otras circunstancias, por ejemplo, cuando el empleado es nacional del Estado extranjero pero no desempeña un servicio de carácter oficial, cuando el empleado es nacional del Estado huésped, pero no desempeña un servicio de carácter oficial, o también cuando el empleado es nacional del Estado huésped, pero desempeña un servicio con carácter oficial. Además, existe el problema de la doble nacionalidad, porque el empleado puede ser a la vez nacional del Estado huésped y del Estado invitado y puede estar empleado con carácter oficial o no oficial. Por último, el empleado puede ser nacional de un tercer Estado, residente o no residente en el Estado huésped, y en cada caso, empleado con carácter oficial o no oficial. En los casos en que se trata de un nacional del Estado invitado, es poco probable que el Estado huésped tenga un interés primordial en mantener la jurisdicción y normalmente el Estado invitado determinará la reparación que corresponda a la injusticia de orden laboral aducida por uno de sus ciudadanos.

<sup>6</sup> Para el texto, véase 1762.<sup>a</sup> sesión, párr. 1.

<sup>7</sup> Véase 1763.<sup>a</sup> sesión, nota 10.

<sup>8</sup> *Ibid.*, nota 9.

11. Las cuestiones más difíciles se refieren a casos en los que el empleado es un nacional del Estado huésped o de un tercer Estado. Cuando es nacional del Estado huésped, éste querrá evidentemente imponer la jurisdicción, si el empleado no ha sido contratado para desempeñar funciones oficiales y si con ello no se perturban mucho las buenas relaciones diplomáticas. Incluso en los pocos casos en que la persona desempeña funciones oficiales, el Estado huésped sobrepondrá probablemente su interés en proporcionar un foro para su propio nacional a su deseo de no entorpecer las relaciones diplomáticas.

12. En los casos de doble nacionalidad, puede ser importante la cuestión de si el empleado actúa con carácter oficial o no oficial, como también puede serlo el factor adicional de si, a causa de la nacionalidad o la residencia en el Estado huésped, va a ser una carga para ese Estado al no obtener reparación del Estado empleador. Cuando el empleado es nacional de un tercer Estado pero tiene la calidad de residente en el Estado huésped, éste sólo tendrá interés en proporcionar un foro en la medida en que esa residencia confiere derecho a algún tipo de asistencia pública, como, por ejemplo, las prestaciones de desempleo. Es evidente que el Estado huésped no estará muy interesado en un caso en que el empleado no posea la nacionalidad de ese Estado ni la calidad de residente en su territorio, y, en consecuencia, declinará la jurisdicción.

13. De una manera general, esos intereses se tienen en cuenta en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, y en la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963. El párrafo 2 del artículo 37 de la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas dispone que los miembros del personal administrativo y técnico de una misión diplomática no se hallan exentos de la jurisdicción civil y administrativa por « los actos realizados fuera del desempeño de sus funciones ». Además, según el apartado c del párrafo 1 del artículo 31, los agentes diplomáticos no gozan de inmunidad respecto de una acción « referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida [...] fuera de sus funciones oficiales », disposición que quizá deba contrastarse con el criterio del Sr. Ushakov (1764.ª sesión) de que no es posible distinguir entre funciones oficiales y otras funciones. El orador no puede menos de reconocer que el proyecto de artículos no debe en modo alguno representar una injerencia en la materia regulada en las Convenciones de Viena de 1961 y 1963, como ya se ha enunciado en el proyecto de artículo 4, aunque es preciso esforzarse por llenar cualquier laguna que pueda haber en dichos instrumentos, como en el caso del personal de contratación local a que se refiere el proyecto de artículo 13.

14. En cuanto a la ley aplicable, algunos miembros consideran que la ley del Estado empleador se aplicará siempre al contrato de trabajo, pero la posición no es tan sencilla como en los casos de culpa extracontractual, a los que se aplica la bien establecida regla *lex loci delicti commissi*. El contrato de trabajo y las propias relaciones laborales probablemente se regirán en la actualidad por la ley del Estado con el que el contrato tenga el « nexa más estrecho » o la « relación

más importante ». De ahí que sea necesario evaluar algunos de los elementos de vinculación existentes, como el lugar de contratación, el lugar de desempeño del trabajo, el domicilio, la residencia y la nacionalidad del empleado, si ha sido contratado para desempeñar funciones oficiales, y el lugar de la relación anterior entre las partes, cuando la haya habido. La evaluación deberá hacerse atendiendo al interés de los dos Estados en mantener buenas relaciones diplomáticas, al interés del Estado empleador en regular las relaciones laborales (que es mayor cuando se trata de funciones oficiales) y al interés del Estado huésped en proteger a los empleados dentro de su jurisdicción (que es mayor si se trata de personal de contratación local). Dicho análisis podría conducir, al menos en el caso de personal de contratación local, a la aplicación de la *lex fori*.

15. El proyecto de artículo 13 tiene en cuenta generalmente los intereses de los Estados implicados. Ese texto logra en gran parte la finalidad que en él se persigue de proporcionar indicaciones básicas al someter al Estado empleador a la jurisdicción del Estado huésped en los litigios promovidos por personas que tienen la nacionalidad del Estado huésped o la calidad de residentes en él, pero no es favorable a la otra condición establecida al final del párrafo 1 del artículo 13, a saber, que el trabajo se haya de ejecutar en el Estado huésped, cuyo interés en proporcionar un foro para sus nacionales o residentes no disminuirá apreciablemente por el hecho de que el trabajo haya de ejecutarse en otro punto. Esta condición no se justifica tampoco como elemento de vinculación jurisdiccional, ya que debe evitarse el prescribir reglas de jurisdicción *ratione materiae* o *ratione personae*. En los casos comprendidos en los apartados b y c del párrafo 2, es poco probable que el Estado huésped manifieste un interés, excepto quizá en los raros casos en que el empleado aun poseyendo la nacionalidad del Estado invitado resida habitualmente en el Estado huésped y no desempeñe ninguna función oficial.

16. El Sr. McCaffrey está de acuerdo en que la salvedad « A menos que se acuerde de otra manera », que figura al comienzo del párrafo 1, es innecesaria, sobre todo en vista de lo dispuesto en el apartado d del párrafo 2 y en el artículo 11 propuesto por el Relator Especial<sup>9</sup>. En cuanto a la referencia del apartado a del párrafo 2 al no empleo de un individuo, en los Estados Unidos de América por ejemplo, se puede interponer acción contra un empleador que deje de contratar a una persona fundándose en que se trata de una discriminación injusta, punto que debe tenerse presente antes de adoptar la decisión de suprimir esa cláusula. Además el término « despido » quizá guarde relación con los casos en que se deniega la renovación de un contrato individual que ha terminado automáticamente, pero debe precisarse que el objeto de esa disposición no es referirse al caso en que se alegue un despido injusto.

17. El párrafo 1, considerado conjuntamente con el apartado b del párrafo 2, sugiere que pueden preverse casos de doble nacionalidad, y el resultado final parece

<sup>9</sup> A/CN.4/L.351. Véase también *supra*, nota 5, apartado g.

apropiado, ya que se dará al Estado invitado el beneficio de la duda y, por tanto, la inmunidad de jurisdicción. En todo caso, conviene aclarar los términos a este respecto. El apartado *d* del párrafo 2 se refiere, al parecer, no sólo a la jurisdicción, sino a una regla imperativa de la *lex fori*, probablemente una norma para proteger al empleado contra cláusulas incluidas en el contrato en virtud del superior poder de negociación del empleador.

18. Por último, los contratos de trabajo no están expresamente previstos en algunas legislaciones nacionales e instrumentos internacionales, pero ello no significa necesariamente que el Estado empleador goce en todos los casos de inmunidad de jurisdicción. En realidad, la mayoría de esos contratos quedarán comprendidos en la excepción relativa a la actividad profesional o comercial, de suerte que existe un motivo independiente para negar la inmunidad.

19. El Sr. AL-QAYSI, refiriéndose al problema doctrinal que se plantea en torno al fundamento de esta materia, dice que las cuestiones teóricas son interesantes y estimulan la reflexión, pero suscitan inevitablemente divergencias de opinión, como se desprende del valioso memorando del Sr. Ushakov, que contiene el siguiente pasaje:

Por otra parte, es inadmisibles en general que un tribunal someta a escrutinio la actividad de un Estado extranjero y la califique de un modo o de otro en contra de la opinión del Estado mismo. Esto constituye una injerencia inadmisibles en los asuntos internos y externos de los Estados. (A/CN.4/371, párr. 14.)

20. Indudablemente, el principio de la igualdad soberana de los Estados es la piedra angular del derecho internacional. Es un principio que, en el espíritu de la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas<sup>10</sup>, significa que los Estados tienen iguales derechos y obligaciones y participan en condiciones de igualdad en las relaciones internacionales, no obstante las divergencias de opinión respecto de factores económicos, sociales, políticos o de otra índole. El concepto de los deberes de los Estados es particularmente importante, ya que los deberes constituyen un corolario de los derechos. La presencia de una autoridad soberana en la jurisdicción de otra no debe conducir a un conflicto de soberanías entre Estados y es esencial que no se menoscabe la igualdad de deberes entre los Estados.

21. En las fases iniciales, han sido muy importantes las consideraciones de orden teórico, pero la Comisión ha avanzado ahora considerablemente en la preparación de proyectos de artículos destinados fundamentalmente a resolver problemas concretos. En vez de dedicar su tiempo a sutilezas doctrinales, debe evaluar los intereses que están en juego y estudiar soluciones que establezcan un aquilatado equilibrio entre esos intereses, teniendo siempre presente la necesidad de alcanzar soluciones prácticas y generalmente aceptables.

<sup>10</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

22. El Sr. Al-Qaysi acoge con agrado las observaciones del Sr. Evensen (1763.ª sesión) acerca del empleo del método inductivo, ya que este método no debe seguirse de un modo demasiado rígido en todo el proyecto. El caso previsto en el artículo 13 da un buen ejemplo a este respecto. Es oportuno, pues, un llamamiento en pro de la armonización, como observaba el Relator Especial en su cuarto informe cuando decía que el método y las técnicas empleados para preparar los informes y los proyectos de artículos han sido inductivos en el sentido de que las conclusiones y propuestas de leyes han de derivarse de la práctica de los Estados y sin prescindir de las realidades vivas del derecho internacional consuetudinario. La tarea que tiene ante sí la Comisión abarca un proceso de codificación de la práctica existente y el desarrollo progresivo de las normas de derecho internacional encaminadas a armonizar, si no a resolver, los distintos conflictos de intereses que surgen en el ejercicio de los derechos y atribuciones soberanos de los Estados (A/CN.4/357, párr. 10, apartado *d*).

23. Parece evidente que el artículo 13 tiende precisamente a lograr ese resultado, ya que el propio Relator Especial ha afirmado en su quinto informe (A/CN.4/136 v Add.1, párr. 61) que debe dejarse abierta la posibilidad de que esta excepción se afirme en la práctica estatal, pero que se debe introducir un ligero incentivo para estimular la conformidad con el derecho laboral local a fin de mejorar las condiciones sociales y las relaciones laborales.

24. En cuanto al texto en sí del artículo 13, el Sr. Al-Qaysi se opone a la sugerencia de que se suprima la restricción inicial. Esta se encuentra también en los artículos 12, 14 y 15 y persigue una finalidad concreta, a saber, indicar que la excepción constituye una norma supletoria. El carácter supletorio de la excepción en el artículo 13 está, además, claramente indicado en la versión revisada del proyecto de artículo 11, que dice:

La aplicación de las excepciones establecidas en la parte III de los presentes artículos podrá estar sujeta a una condición de reciprocidad o a cualquier otra condición pactada entre los Estados interesados.

25. Respecto de la regla principal enunciada en el párrafo 1, el Relator Especial dice (*ibid.*, párr. 38) que el primer punto esencial que se ha de resolver y que puede determinar si el tribunal debe ejercer o no su jurisdicción respecto de un contrato de trabajo es el relativo a la existencia de la autoridad gubernamental del Estado, en el ejercicio de la cual se ha realizado el hecho que ha dado lugar a la acción. Pero es difícil encontrar este importante elemento reflejado en el texto del artículo.

26. Sir Ian Sinclair ha sugerido (1763.ª sesión) que quizá no sean necesarias las palabras « nacional o residente de ese otro Estado », que figuran en el párrafo 1, pero que sería preferible mantenerlas por las razones que el Sr. Riphagen indica (*ibid.*) respecto de las relaciones laborales y la legislación de seguridad social del Estado del foro. Dicho de otro modo, parece poco probable que el Estado del foro quiera garantizar la

aplicación de su legislación sobre seguridad social en el caso de empleados procedentes del extranjero. A propósito de los temores expuestos por el Sr. McCaffrey acerca del elemento de ejecución de un contrato en el Estado del foro, no se comprende bien qué interés tendrá el Estado del foro en hacer valer la aplicación transfronteriza de sus leyes laborales si el trabajo de la persona no se ha de ejecutar en ese Estado.

27. El apartado *a* del párrafo 2 tiende sin duda a prever lo que el Relator Especial ha indicado en su informe (A/CN.4/363 y Add.1, párr. 43) sobre la cuestión de la obligación de emplear, en cuyo caso será necesario ajustar la redacción para que refleje algo semejante a una relación contractual. Sólo de este modo quedará adecuadamente prevista la cuestión del despido o la terminación. En cuanto a los apartados *b* y *c* del párrafo 2, Sir Ian Sinclair ha señalado acertadamente la necesidad de no perder de vista los elementos de vinculación, aunque se requiere más precisión en el apartado *c* del párrafo 2, en particular en las palabras « en el momento del empleo ». Esas palabras deberían sustituirse por la fórmula « en el momento en que se estableció el contrato », contenida en el apartado *b* del párrafo 2 del artículo 4 de la ley del Reino Unido *State Immunity Act 1978*<sup>11</sup>, o por la expresión « en el momento en que celebró el contrato », que figura en el apartado *b* del párrafo 2 del artículo 5 de la Convención europea sobre inmunidad de los Estados, de 1972<sup>12</sup>.

28. Por último, hay un retraso inquietante en lo que respecta a las actas resumidas de las sesiones de la Comisión. Al finalizar la tercera semana del período de sesiones sólo se han distribuido cuatro actas en inglés.

29. El PRESIDENTE dice que el Secretario se informará al respecto.

30. El Sr. BARBOZA felicita al Relator Especial por su informe, que es técnicamente excelente y contiene abundante material. Desgraciadamente, en la presente fase de los trabajos de la Comisión aún se están haciendo las declaraciones generales, lo cual indudablemente se debe a la dificultad del tema y pone de manifiesto la necesidad de que la Comisión proceda con flexibilidad.

31. El memorando del Sr. Ushakov (A/CN.4/371) es un documento importante en el que se expresan firmes convicciones. Particularmente notable es la declaración hecha en el párrafo 17 :

Muchos Estados, probablemente la mayoría, no suscriben el concepto de la inmunidad funcional, o lo rechazan, por lo que es claramente equivocado afirmar que está surgiendo una tendencia general favorable a este concepto.

Así, de los 29 Estados que atendiendo a la petición de la Comisión respondieron al cuestionario que se les había enviado, 14 conceden la plena inmunidad y cuatro no cuentan con unas leyes o una práctica aplicables.

La misma conclusión se deduce de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General sobre las sec-

ciones pertinentes de los informes de la Comisión, lo que demuestra que un amplio grupo de Estados se opone a dicho concepto.

32. En vista del abismo que separa los conceptos contrapuestos de inmunidad total e inmunidad funcional o limitada, es esencial ser prácticos antes que dogmáticos, y tratar de encontrar una fórmula de transacción. La Asamblea General es consciente de la situación y el mandato que ha conferido a la Comisión es precisamente el de que encuentre esa fórmula. Por tanto, la Comisión debería enunciar con claridad los principios generales y sus excepciones y, como parte de su trabajo sobre el desarrollo progresivo del derecho internacional, tener en cuenta la marcha actual de los acontecimientos.

33. Con respecto al proyecto de artículo 6, titulado « Inmunidad del Estado », el Sr. Barboza recuerda lo que dijo en el anterior período de sesiones de la Comisión sobre su relación con el proyecto de artículo 11, que trata del ámbito de aplicación de la parte III, relativas a las excepciones<sup>13</sup>. A su juicio, el artículo 6 debería expresar claramente el principio de que la inmunidad es la regla y de que los casos de jurisdicción de los tribunales territoriales son las excepciones. En su forma actual, el artículo 6 no responde a esa necesidad de claridad. La legislación de los Estados Unidos de América y la del Reino Unido, pese a que tienden a limitar la inmunidad de los Estados, establecen claramente que la inmunidad es la norma. El artículo 6 refleja una posición aún más extrema que la de esos países, y es un ejemplo perfecto de lo que no debe hacerse al redactar los artículos.

34. Del quinto informe se desprende que la tendencia representada por el artículo 13 es bastante limitada : casi no hay práctica sobre la materia, la jurisprudencia presenta divergencias, no hay doctrina, y la legislación nacional sólo está representada por tres países : el Reino Unido, Singapur y el Pakistán. El Relator Especial cita también la Convención europea sobre inmunidad de los Estados, de 1972, y un proyecto de convención interamericana. Ahora bien, el futuro de este proyecto es todavía incierto, y la Convención europea sólo ha sido ratificada por algunos países, entre ellos Austria, Bélgica y Chipre. Además, si los países occidentales han podido hacer progresos notables en ciertas esferas ha sido precisamente por su gran homogeneidad en lo que se refiere a la cultura, el desarrollo económico y tecnológico y la sensibilidad jurídica. En estas condiciones, no es de extrañar que hayan podido elaborar instrumentos jurídicos como la Convención citada, pero ello no puede constituir un precedente válido para una convención internacional que se aplique a un número muy grande de países entre los que existen diferencias considerables. La idea de proteger a la fuerza de trabajo del Estado territorial es en principio buena, pero en el debate del artículo 13 se han expresado dudas acerca de la oportunidad de esa disposición. A juicio del Sr. Barboza, hay que tener en cuenta la necesidad de preservar ciertos valores en las relaciones entre todos los Estados.

<sup>11</sup> Véase la 1762.ª sesión, nota 11.

<sup>12</sup> *Ibid.*, nota 7.

<sup>13</sup> *Anuario...* 1982, vol. I, pág. 205, 1730.ª sesión, párr. 3.

35. El proyecto de artículo 13 plantea la cuestión de la naturaleza de la relación entre el Estado empleador y su empleado, relación que, dondequiera que se produzca, pertenece al derecho administrativo, cosa que se explica por la naturaleza del Estado y el carácter especial del contrato de trabajo administrativo, cuyo objeto es la prestación de un servicio público. Cuando el Estado actúa en el ejercicio de sus funciones soberanas en su territorio, sus relaciones con todos sus empleados se rigen por su derecho administrativo. En cambio, si de acuerdo con el texto del proyecto de artículo 13 sus funciones se ejercitan fuera de su territorio, el Estado tendría dos tipos de relaciones jurídicas con sus empleados, la primera regida por su propio derecho administrativo, y la segunda por el derecho laboral del Estado territorial. El personal de las embajadas, los consulados, las misiones diplomáticas, etc., está protegido por convenciones, pero la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, tiene una laguna en lo que concierne al personal local, laguna que podría querer subsanarse con el artículo 13. En tanto que los funcionarios del Estado extranjero están regidos por su derecho administrativo, los empleados locales estarían regidos por el derecho laboral del Estado territorial. Esta distinción estaría justificada por el carácter oficial o no oficial de las funciones desempeñadas, que es algo difícil de determinar en cualquier circunstancia. En efecto, las relaciones entre los Estados y sus empleados parecen ser las mismas en todos los casos, y la posibilidad de remitirse al derecho laboral del Estado territorial tiene inconvenientes. El derecho laboral regula, entre otras cosas, los conflictos de trabajo, que tienen repercusiones en la opinión pública, y esas repercusiones son susceptibles de perturbar las relaciones diplomáticas y menoscabar el prestigio del Estado extranjero.

36. Con respecto a la actual redacción del artículo 13, y más concretamente al párrafo 1, podría subsanarse el defecto señalado por el Sr. Lacleta Muñoz (1764.ª sesión) insertando las palabras « del Estado extranjero » después de la palabra « nacional » o suprimiendo las palabras « de un nacional o residente de ese otro Estado ». La expresión « A menos que se acuerde de otra manera », que ha dado lugar a muchos comentarios, debería mantenerse, ya que a su juicio alude a un acuerdo internacional entre los Estados interesados. En cuanto al apartado a del párrafo 2, es evidente que no puede obligarse a un Estado a emplear a una persona que considera indeseable; en cambio, en caso de despido debería concederse siempre una indemnización, pero no a través de los tribunales del Estado territorial. Esa sería una vía inútil de intervención de los tribunales locales, ya que podrían surgir dificultades para la ejecución de cualquier decisión de esos tribunales. El caso de la doble nacionalidad, aludido por el Sr. McCaffrey, es importante para los países de inmigración, como es el suyo propio (la Argentina); en todo caso, es una cuestión compleja que tal vez podría resolverse determinando la nacionalidad dominante.

37. El Sr. BALANDA subraya lo útil que ha sido el método inductivo para formular el artículo 12, que trata de la excepción relativa a la actividad mercantil

o comercial. Existe una abundante práctica nacional e internacional sobre la materia y la Comisión pisa terreno firme. En cambio, en el caso del artículo 13, es poca la práctica disponible, como ha reconocido el Relator Especial (A/CN.4/363 y Add.1, párr. 39). El método inductivo no es válido más que cuando puede utilizar toda una gama de sistemas jurídicos y conducir a un consenso sobre las normas propuestas. No obstante, en el presente caso el hecho de que la práctica judicial sea limitada y contradictoria no debe llevar a la Comisión a interrumpir el examen del tema, ya que, de conformidad con su Estatuto, está facultada a proceder al desarrollo progresivo del derecho internacional.

38. El tema de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados es particularmente delicado, ya que concierne a un concepto tan fundamental como es el de la soberanía del Estado, considerada por el derecho internacional como uno de los atributos del Estado, razón por la cual la Comisión debería proceder con mucho cuidado. El tema plantea varias cuestiones: ¿en qué medida puede un Estado estar sujeto a la jurisdicción de otro Estado? ¿Puede un Estado renunciar él mismo a su soberanía o ser obligado a hacerlo? Las disposiciones del proyecto de artículo 13 dan una respuesta parcial a esas preguntas.

39. En su quinto informe (*ibid.*, párrs. 40 y ss.), el Relator Especial indica las deficiencias y contradicciones existentes no sólo en la legislación de los Estados, sino también dentro de un mismo sistema jurídico. La escasa práctica disponible muestra que se procede con vacilación e inseguridad. La situación no era diferente en el derecho interno cuando se emprendió la tarea de elaborar la teoría de la responsabilidad de los Estados. Así, en el derecho administrativo francés y belga, de que deriva el derecho administrativo del Zaire, hubo cierto flujo y reflujo antes de que se consagrara definitivamente la teoría de la responsabilidad del Estado. Además, la teoría de los actos de gobierno aún significa que la responsabilidad del Estado no se reconoce en algunos casos. Es de esperar que los miembros de la Comisión, en su deseo de promover el derecho internacional, consigan, mediante la conciliación, construir juntos un sistema jurídico semejante.

40. El Relator Especial señala (*ibid.*, párr. 21) que la CDI, y posteriormente la Sexta Comisión de la Asamblea General, pudieron reconocer la existencia de un principio general de la inmunidad de los Estados, partiendo de un examen de la práctica judicial de un pequeño número de Estados en el siglo XIX. Esto fue posible, entre otras razones, porque el principio estaba relacionado con otro principio de derecho internacional que es más fundamental y que está admitido por toda la comunidad internacional: el principio de la soberanía de los Estados, proclamado en la Carta de las Naciones Unidas y establecido en varios instrumentos internacionales. Ahora bien, no se puede proceder de la misma manera con respecto a los principios establecidos en el artículo 13. Como ha señalado el Relator Especial, normalmente habría que fundarse en una práctica mucho más abundante para deducir un principio de esa naturaleza.

41. Algunos miembros opinan que no es necesario aclarar el concepto de contrato de trabajo. En el Zaire se hace una distinción clara entre los tribunales ordinarios y los tribunales administrativos. Para que el artículo se aplique a todos los sistemas jurídicos, debería aclararse, ya sea en el propio artículo, ya sea en el comentario, si la expresión « contrato de trabajo » se refiere a un contrato o a un estatuto o reglamento del personal. En el Zaire, el estatuto es de la competencia de los tribunales administrativos, en tanto que los contratos son de la competencia de los tribunales ordinarios. Además, se distingue entre los contratos de trabajo, que conllevan la prestación de servicios manuales, y los contratos de prestación de servicios, que entrañan una prestación de carácter intelectual. La expresión « entidades » del Estado, utilizada varias veces en el informe (*ibid.*, párrs. 29, 38, 63 y 65), no parece corresponder a una realidad concreta y bien precisa, al menos en el sistema jurídico del Zaire. El Sr. Balanda opina también, como el Sr. Mahiou (1763.ª sesión), que la expresión « personal local o de categoría menor », que aparece, por ejemplo, en el párrafo 36 del informe, debería aclararse.

42. Como el Sr. Ushakov (1764.ª sesión), el orador abriga dudas acerca del fundamento jurídico del artículo 13, y se pregunta si es realmente aconsejable optar por la aplicación del derecho local, con exclusión de cualquier otro derecho, es decir, optar por la competencia de los tribunales del Estado del foro. Esto presupone *a priori* que el derecho del Estado que envía es necesariamente malo. Ahora bien, según el principio de la autonomía de la voluntad, las partes deberían tener libertad para prever la aplicación de ese derecho, particularmente si consideran que permite una mejor protección del trabajador.

43. Además, el artículo destaca demasiado las obligaciones del Estado que no respeta los compromisos adquiridos en una relación de trabajo. El informe habla incluso de las « personas inocentes » víctimas de las actividades de un Estado (A/CN.4/363 y Add.1, párrafo 69). Cabría remediar este desequilibrio redactando el texto de modo que se tenga en cuenta también la situación del empleado que falta a sus obligaciones. Además, el artículo 13 debería tener en cuenta la naturaleza de los servicios prestados, elemento que el Relator Especial ha mencionado solamente de pasada (*ibid.*, párr. 38).

44. El Relator Especial explica (*ibid.*, párr. 31) que la excepción no se aplica al supuesto de responsabilidad del empleador por los actos realizados por sus empleados. Puede que sea un modo parcial de plantear el problema. Si el empleado puede interponer una acción contra el Estado para hacerle respetar sus derechos, ¿por qué descartar la posibilidad de que el Estado ejercite una acción contra su empleado cuando por culpa de éste se haya visto obligado a indemnizar la víctima? Este caso puede muy bien presentarse en las relaciones de servicio: el Estado que se haya visto obligado a indemnizar a la parte lesionada en virtud de la relación que lo liga con su empleado puede a su vez dirigirse contra éste si ha incurrido en falta.

45. Cabría pensar que las observaciones del Relator Especial respecto del derecho aplicable (*ibid.*, párrafo 35) están en contradicción con la libertad que se reconoce a las partes, particularmente en derecho internacional privado, de elegir la jurisdicción competente en caso de conflicto. En efecto, no siempre puede aplicarse la ley del Estado del foro. Por ejemplo, si la Société zairoise de commercialisation des minerais, que tiene oficinas en París, Bruselas y Nueva York, contrata a una persona de nacionalidad francesa en París y la envía a trabajar a Bruselas, no es inconcebible que las partes convengan que en caso de litigio será aplicable la *lex loci executionis*, es decir, la ley belga.

46. En cuanto al texto del artículo 13, es esencial mantener las palabras « A menos que se acuerde de otra manera » que figuran al comienzo del párrafo 1, ya que reafirman el principio de la inmunidad jurisdiccional. Incumbe a los propios Estados decidir en qué casos desean renunciar a esa inmunidad. Respecto de la hipótesis prevista en el apartado *a* del párrafo 2, es difícil entender por qué la no contratación de una persona puede dar lugar a una acción, ya que esta presunción no supone la creación de ninguna obligación, por lo que es difícil imaginar la existencia de un derecho correlativo. En caso de despido, se prevé la aplicación del derecho del Estado que envía, que es la solución adecuada si es la ley del foro la que se considera mejor. Ahora bien, en caso de falta grave las partes deberían poder continuar aplicando un derecho distinto del derecho local si éste permitiera el despido inmediato. El apartado *d* del párrafo 2 se refiere a los casos en que « el empleado ha convenido de otra manera por escrito ». Dado que se trata de una relación contractual que requiere el consentimiento de las partes, lo mejor sería no subrayar el carácter unilateral de la intención del empleado y utilizar la fórmula « las partes hayan convenido otra cosa ».

47. En vista de que, por obligaciones profesionales, el Sr. Balanda no podrá asistir al debate de los artículos 14 y 15, desea hacer varias observaciones al respecto. La aplicación de la *lex rei sitae*, propuesta en el artículo 14 en relación con los bienes, satisface una necesidad, y la solución propuesta está también en consonancia con las disposiciones vigentes en el Zaire respecto del derecho internacional privado. Aunque si la aplicación de la *lex loci delicti commissi* a las lesiones a las personas y a los daños a los bienes no satisface esa necesidad, ofrece sin embargo algunas ventajas prácticas. Como consecuencia de un acto constitutivo de delito, pueden surgir cuestiones relativas al peritaje, las pruebas o las deposiciones de los testigos. No obstante, debe señalarse por ejemplo que en Bélgica, debido a un cambio de la jurisprudencia, ahora se aplica la *lex loci delicti commissi* con preferencia a otra ley, como la del país de origen.

48. Por último, en lo relativo a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados, sólo deberían introducirse excepciones con gran cautela y teniendo presente las consideraciones siguientes. Primera, hay que determinar las situaciones en las que indudablemente es esencial que la ley del Estado del foro rijan la relación de servicio o la situación de que se trate. Segunda, no



deberán extenderse las excepciones hasta el punto de comprometer el principio de la inmunidad de los Estados y deberían limitarse estrictamente e interpretarse de forma restrictiva. Tercera, las excepciones deberán derivar de la práctica generalizada de un gran número de sistemas jurídicos nacionales. A este respecto, se debería tratar de descubrir las razones a que obedecen las limitaciones adoptadas por los Estados tanto en su legislación como en los convenios. Para ello, se deberían tener más en cuenta los trabajos preparatorios de los textos legislativos y las convenciones que limitan la inmunidad de los Estados. Cuarta, se deberá tener en cuenta la naturaleza del acto o actividad. La inmunidad deberá permanecer intacta, es decir absoluta, en el caso de los actos relativos al poder público del Estado. Quinta, las excepciones que se reconozcan deberán tener siempre el carácter de normas supletorias, como da a entender el artículo 13. Los Estados deberán tener siempre la oportunidad de estipular otra cosa si prefieren no renunciar a su inmunidad jurisdiccional. Sexta, las excepciones deberán formularse teniendo presente dos factores: el primero es la actitud de los Estados contra los que se aplica actualmente la tendencia restrictiva, a fin de averiguar en qué materias no plantean objeciones y dan su anuencia tácita, y en qué otras materias protestan. En el caso de estas últimas, sería difícil afirmar que hay una tendencia a renunciar a la inmunidad jurisdiccional y, por consiguiente, a reconocer una excepción. A este respecto, el orador se refiere al asunto *Venne c. République démocratique du Congo* (1969)<sup>14</sup>, mencionado por el Relator Especial, al asunto *Dumont c. Colonie du Congo belge* y a un caso en que un profesor belga en el Zaire entabló una acción ante los tribunales belgas contra la universidad en la que enseñaba. El Gobierno del Zaire protestó contra el bloqueo de las cuentas de la universidad decidido en la sentencia. En cuanto al segundo factor, es necesario ver cómo han cumplido las decisiones judiciales correspondientes los Estados a los que los tribunales extranjeros denegaron la inmunidad jurisdiccional. ¿Han ejecutado espontáneamente esas decisiones o han sido obligados a hacerlo mediante presiones diplomáticas o de otro tipo?

49. Sir Ian SINCLAIR, apoyado por el Sr. FLITAN, sugiere que, dado que la Comisión tiene previsto terminar el examen del tema de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados para el 27 de mayo de 1983, se examinen juntos los proyectos de artículos 14 y 15.

*Así queda acordado.*

50. El Sr. ROMANOV (Secretario de la Comisión) dice que, tras la declaración del Sr. Al-Qaysi, ha pedido al Jefe del Servicio de Idiomas de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra que acelere la elaboración de las actas resumidas de las sesiones de la Comisión. Esas actas forman parte de la documentación de la Comisión y deberían estar disponibles diariamente y sin demora. Además, está totalmente de acuerdo con lo que ha dicho el Sr. Al-Qaysi, sobre todo en

<sup>14</sup> Canadá, *The Dominion Law Reports, Third Series*, Toronto, vol. 5, pág. 128.

vista de que de las 12 sesiones celebradas desde el comienzo del período de sesiones hasta el 19 de mayo de 1983, han salido solamente 7 actas resumidas en la versión francesa, 2 en la versión árabe, 3 en la versión china, 4 en las versiones inglesa y rusa y 3 en la versión española. Por tanto, la situación es alarmante.

*Se levanta la sesión a las 13 horas.*

## 1766.ª SESIÓN

*Martes 24 de mayo de 1983, a las 15 horas*

*Presidente:* Sr. Laurel B. FRANCIS

*Miembros presentes:* Sr. Al-Qaysi, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Evensen, Sr. Flitan, Sr. Jägota, Sr. Koroma, Sr. Laclea Muñoz, Sr. Mahiou, señor Malek, Sr. McCaffrey, Sr. Ni, Sr. Ogiso, Sr. Quentin-Baxter, Sr. Razafindralambo, Sr. Riphagen, Sir Ian Sinclair, Sr. Stavropoulos, Sr. Sucharitkul, Sr. Ushakov, Sr. Yankov.

**Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (continuación)** [A/CN.4/357<sup>1</sup>, A/CN.4/363 y Add.1<sup>2</sup>, A/CN.4/371<sup>3</sup>, A/CN.4/L.352, secc. D, ILC (XXXV)/Conf.Room Doc.1 y 4]

[Tema 2 del programa]

PROYECTO DE ARTÍCULOS  
PRESENTADO POR EL RELATOR ESPECIAL<sup>4</sup>  
(continuación)

ARTÍCULO 13 (Contratos de empleo)<sup>5</sup> (continuación)

1. El Sr. NI dice que el tema del artículo 13, además de ser relativamente nuevo, guarda relación con las leyes

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> *Idem.*

<sup>4</sup> Los textos de los proyectos de artículos examinados por la Comisión en sus anteriores períodos de sesiones se reproducen de la forma siguiente:

*Parte I* del proyecto: a) art. 1 revisado y comentario al mismo aprobados provisionalmente por la Comisión: *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), pág. 107; b) art. 2: *ibid.*, pág. 103, nota 224; texto revisado (párr. 1, apartado a): *ibid.*, pág. 107; c) arts. 3, 4 y 5: *ibid.*, pág. 103, notas, 225, 226 y 227.

*Parte II* del proyecto: d) art. 6 y comentario al mismo aprobados provisionalmente por la Comisión: *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 139; e) arts. 7, 8 y 9 y comentarios a los mismos aprobados provisionalmente por la Comisión: *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), págs. 108 y ss.; f) art. 10 revisado: *ibid.*, pág. 102, nota 218.

*Parte III* del proyecto: g) arts. 11 y 12: *ibid.*, notas 220 y 221; textos revisados: *ibid.*, pág. 107, nota 237.

<sup>5</sup> Para el texto, véase 1762.ª sesión, párr. 1.