

una declaración facultativa con objeto de preservar el debido equilibrio con la posición de los Estados partidarios de la teoría restrictiva de la inmunidad. Después de un examen cuidadoso del proyecto de artículo 6 *bis*, el orador no está dispuesto a aceptarlo. Agregar al proyecto de convención una nueva declaración facultativa no parece una idea interesante y el artículo bien podría dar lugar a confusiones innecesarias en cuanto al procedimiento.

77. El orador no tiene nada que objetar al nuevo texto propuesto para el artículo 7 (A/CN.4/415, párr. 79), que se hace más claro con el uso de las expresiones «Estado del foro» y «Estado extranjero» en sustitución de las expresiones «un Estado» y «otro Estado», que eran algo confusas. El orador considera aceptable la nueva redacción propuesta para el apartado *c* del artículo 8 y puede apoyar el artículo 9 en su forma actual, pero no se opone a que se agregue una segunda oración al párrafo 1 y a que se inserte el nuevo párrafo 3 recomendado por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 100). El artículo 10 también le parece aceptable.

78. La cuestión del título de la parte III del proyecto ha dado lugar a profundas divergencias tanto en la CDI como en la Sexta Comisión de la Asamblea General. El Relator Especial sugiere que se aplaze el examen del título hasta que se solucionen determinadas cuestiones concretas. Es considerable la ventaja de ese enfoque, que demuestra la preocupación del Relator Especial por avanzar en el examen de las cuestiones sustantivas sin que las cuestiones de redacción demoren ese examen.

79. El orador no tiene inconveniente en aceptar el artículo 11, en su forma ligeramente enmendada por el Relator Especial, y comparte la opinión de que la frase «el Estado no podrá invocar la inmunidad» es preferible a las palabras «se considerará que el Estado ha consentido».

80. El nuevo artículo 11 *bis* propuesto, sobre bienes de Estado separados (*ibid.*, párr. 122), parece algo confuso. Básicamente, su propósito es reflejar un régimen jurídico sobre inmunidad del Estado claramente diferenciado que corresponde a los denominados bienes de Estado separados de los países socialistas. Por esta razón, el orador no está seguro de que se deba siquiera incluir el artículo. ¿Es realmente necesario en una convención internacional? En todo caso, está dispuesto a enfocar esta cuestión con un criterio amplio y desea que la Comisión decida al respecto.

81. En su presentación oral, el Relator Especial ha sugerido que el artículo 11 *bis* sería un texto de equilibrio entre la doctrina restrictiva y la doctrina absoluta. Sin embargo, en los países socialistas existen «organizaciones económicas» que tienen una personalidad jurídica diferente del Estado y cada una de ellas es responsable de sus obligaciones económicas exclusivamente dentro de los límites de la cuantía de los bienes estatales específicos de que disponen. En consecuencia, esas organizaciones económicas no disfrutarían de inmunidad dentro de los límites que para ellas se establecen en la legislación de los países socialistas. Por otra parte, con arreglo al derecho de los países socialistas, el Estado —que es una entidad distinta de las organizaciones económicas de que se trata— mantiene no obstante su capacidad soberana de establecer relaciones económicas y comerciales y, por lo tanto, de invocar la inmunidad de jurisdicción en los tribunales extranjeros. La cuestión de que se trata es precisamente ésta y no la mera cuestión de los bienes de Estado separados. Este

problema deberá tratarse en forma independiente y el artículo 11 *bis* no es una solución.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2119.ª SESIÓN

Jueves 15 de junio de 1989, a las 10 horas

Presidente: Sr. Bernhard GRAEFRATH

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Benouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Francis, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, 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. AL-BAHARNA, prosiguiendo el análisis de los proyectos de artículos que comenzó en la sesión anterior, recuerda, a propósito del nuevo artículo 11 *bis* propuesto por el Relator Especial (A/CN.4/415, párr. 122), que si los organismos económicos de los países socialistas no se benefician de la inmunidad de jurisdicción, el propio Estado puede, en ejercicio de su soberanía, tomar parte en relaciones económicas y comerciales y, por consiguiente, hacer valer su inmunidad con respecto a tribunales extranjeros. Así pues, no se trata de la cuestión de los bienes de Estados separados, sino de la de las de operaciones de empresas estatales dotadas de personalidad jurídica, y el título del artículo debería ser «Empresas estatales». En todo caso, el artículo 11 *bis* no resuelve del todo la cuestión.

2. El artículo 12 (Contratos de trabajo) es aceptable, a reserva de las enmiendas que el Relator Especial sugiere en su informe preliminar (*ibid.*, párr. 133).

3. El artículo 13 (Lesiones a las personas y daños a los bienes) es igualmente aceptable, pero también en este caso a reserva de las enmiendas sugeridas por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 143), que consisten en la supresión de la

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

última frase del artículo y la adición de un párrafo 2 en el que se prescriben las reglas relativas a la responsabilidad de los Estados en derecho internacional.

4. A propósito del artículo 14 (*ibid.*, párrs. 152 a 154), el Relator Especial hace observar que los apartados *c*, *d* y *e* del párrafo 1 atañen a la práctica jurídica de los países donde rige el *common law* y recomienda que se supriman al mismo tiempo que el apartado *b* o que se modifiquen de manera que reflejen mejor la práctica. La primera solución es la mejor. Un instrumento de codificación, en la medida de lo posible, debe basarse en la práctica general de los Estados más que en un sistema jurídico determinado. Así modificado, el artículo sería aceptable.

5. Sobre los artículos 15, 16 y 17 no hay nada nuevo que decir y son aceptables.

6. En el artículo 18 (Buques de propiedad del Estado o explotados por él y destinados a un servicio comercial), como aconseja el Relator Especial, habría que suprimir el término «no gubernamental» en los párrafos 1 y 4, pues es ambiguo y puede prestarse a controversia, como han señalado varios gobiernos. El Relator Especial recomienda también que se añada a este artículo un párrafo 1 *bis* (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 26) que permitiría tratar aparte las empresas públicas y los bienes de Estado separados. El Sr. Al-Baharna se reserva su posición sobre este punto por las razones que ha expuesto en relación con el artículo 11 *bis*.

7. El artículo 19 (Efectos de un compromiso arbitral) no suscitará dificultades si se introducen en él las enmiendas sugeridas por el Relator Especial que tienden, por una parte, a utilizar la expresión «contrato mercantil» y no «negocio civil o mercantil», y por otra, a añadir un apartado *d* sobre el reconocimiento del laudo.

8. El Sr. Al-Baharna se reserva también su posición sobre el artículo 20 (Casos de nacionalización), cuyo sentido y alcance es necesario precisar.

9. Por lo que respecta al artículo 21 (Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas), el Relator Especial tiene razón al querer suprimir las palabras entre corchetes y la frase «y guarden relación con el objeto de la demanda o con el organismo o la entidad contra el que se haya promovido el proceso» del apartado *a*. Por el contrario, no está de acuerdo en suprimir esta frase e insertar las palabras «Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa» al comienzo del artículo, como sugiere el Relator Especial.

10. El artículo 22 (Consentimiento en las medidas coercitivas) debe modificarse en el sentido indicado por el Relator Especial (A/CN.4/415, párr. 226), a saber, mediante la supresión de la frase que figura entre corchetes, como en el caso del artículo 21.

11. El Relator Especial recomienda que se modifique levemente el artículo 23 (Clases especiales de bienes) mediante la supresión del término entre corchetes «no gubernamental» en el párrafo 1 y la adición de la expresión «que correspondan a fines monetarios» en el apartado *c*; así modificado, el artículo sería aceptable.

12. Para terminar, el Sr. Al-Baharna advierte a la Comisión contra la tentación de introducir cambios fundamentales en los textos aprobados en primera lectura en 1986. La Comisión debe respetar la decisión que tomó de aprobar

el proyecto de artículos en segunda lectura antes de que termine el período de sesiones en curso.

13. El Sr. CALERO RODRIGUES limitará sus observaciones sobre los artículos 12 y siguientes a las enmiendas que se ha propuesto añadir a los textos aprobados en primera lectura.

14. En el párrafo 1 del artículo 12, donde se dice que la inmunidad de un Estado no podrá ser invocada ante un tribunal de otro Estado en ningún proceso relativo a un contrato de trabajo 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, el Relator Especial propone que se suprima esta segunda condición. Ahora bien, si se había incluido es porque el hecho de estar protegido por el régimen de seguridad social de un Estado es una prueba complementaria de que se depende de la jurisdicción de ese Estado. El argumento en favor de esta enmienda —la discriminación que introduciría entre los países en que existen sistemas de seguridad social y los países en que no existen— no es muy convincente.

15. En el párrafo 2 del mismo artículo se enumera una serie de excepciones de las que el Relator Especial propone eliminar las dos primeras, correspondientes a los apartados *a* y *b*. Por lo que se refiere al apartado *a* («si el trabajador ha sido contratado para ejecutar servicios relacionados con el ejercicio del poder público»), sería difícil prescindir de él, puesto que prevé el caso en que el trabajador no debe depender de la jurisdicción de un Estado extranjero (se observará que la expresión francesa «puissance publique» se traduce de diversas maneras en el texto inglés del proyecto). Sería igualmente difícil suprimir el apartado *b* («si el proceso se refiere a la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la reposición de un candidato»), pues no cabe pensar que un Estado sea obligado por un tribunal extranjero a conservar a una determinada persona a su servicio.

16. Por lo que se refiere al artículo 13 (Lesiones a las personas y daños a los bienes), es difícil suscribir la idea del Relator Especial de que se suprima la última frase: «y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión». En efecto, esto ampliaría el alcance de la excepción que define el artículo, alcance que puede parecer ya demasiado amplio. No hay que olvidar tampoco que el daño transfronterizo dependería de este artículo. Además, recogiendo un argumento del Gobierno español (A/CN.4/410 y Add.1 a 5), el Relator Especial propone que se añada un párrafo 2 relativo a las reglas de la responsabilidad de los Estados. Sin embargo, es dudoso que la solución de la cuestión de las lesiones a las personas y daños a los bienes deba confiarse a esas reglas y, por lo demás, el Relator Especial tampoco parece convencido de ello.

17. Por lo que respecta al artículo 14 (Propiedad, posesión y uso de bienes), el apartado *a* del párrafo 1 es oportuno en cuanto que los bienes inmuebles situados en el territorio de un Estado dependen, por así decir, naturalmente de su jurisdicción. Pero los apartados *b* a *e* se refieren a la vez a los bienes muebles y a los bienes inmuebles, lo que complica la situación. Como los apartados *c*, *d* y *e* recogen conceptos del *common law* y pueden ser poco conocidos en los demás sistemas jurídicos, el Relator Especial recomienda que se supriman y se sustituyan por

un nuevo apartado *c* (A/CN.4/415, párr. 156). Si esta iniciativa va en el sentido de la universalización del proyecto, es acertada; pero si debe borrar la diferencia entre bien mueble y bien inmueble, se trata de otra cuestión, pues la situación de los bienes muebles es mucho menos clara. En su totalidad, el artículo es poco satisfactorio y en el peor de los casos el Sr. Calero Rodrigues preferiría que se suprimieran simplemente los diversos apartados del párrafo 1.

18. El párrafo 2 del artículo 14 no está redactado de manera muy clara y el Relator Especial recomienda que se suprima, como aconseja el Gobierno belga, porque da la impresión de que contradice el párrafo 3 del artículo 7. Ello es cierto, y este párrafo puede desaparecer sin inconveniente alguno.

19. Por lo que se refiere al artículo 18, el Relator Especial hace dos propuestas. A propósito de la primera, que consistiría en suprimir el término «no gubernamental» en los párrafos 1 y 4, el Sr. Calero Rodrigues recuerda que en primera lectura se advirtió lo difícil que era definir el «buque de propiedad del Estado o explotado por él y destinado a un servicio comercial». El término «no gubernamental» tenía por objeto, pues, añadir una precisión, pero es cierto que esta fórmula representa una discriminación contra algunos Estados. Si no se encuentra una mejor formulación, el orador, con cierta reticencia, aprobaría la supresión del término. En cuanto a la segunda propuesta, cuyo objeto es añadir un párrafo 1 *bis* relativo a los buques en cuanto bienes de Estado separados, el texto sugerido (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 26) deja que desear, pero el Sr. Barsegov (2117.ª sesión, párr. 1) y el Sr. Shi (2115.ª sesión, párr. 24) han hecho propuestas sumamente interesantes en relación con el nuevo proyecto de artículo 11 *bis* que ciertamente ayudarán a encontrar una solución.

20. El artículo 19 (Efectos de un compromiso arbitral) se justifica plenamente, pues no hace más que consagrar el poder de control de los tribunales nacionales sobre el mecanismo del arbitraje. El Relator Especial da a elegir entre el arbitraje relativo a «un contrato mercantil» y el relativo a un «negocio civil o mercantil», y señala que se inclina por la segunda solución. No obstante, esta fórmula tendría por consecuencia ampliar el campo de la excepción enunciada en este artículo, mientras que, por el contrario, habría que tratar de restringirlo.

21. Para el artículo 20 no se recomienda ningún cambio, pero lo que plantea un problema es su lugar en el proyecto, como han hecho observar el Gobierno australiano y el Gobierno tailandés. El Sr. Calero Rodrigues piensa también que esta disposición debe colocarse en otro lugar.

22. Nada se opone a que se añada al comienzo del artículo 21 la cláusula clásica «Salvo que los Estados convengan otra cosa». Nada se opone tampoco a la supresión de la frase «o de aquellos en que tenga un interés jurídicamente protegido», colocada entre corchetes y cuyo sentido no está claro. Reaparece aquí el problema, debatido en primera lectura, que suscita la noción de «derechos e intereses» y que se plantea aquí en términos aún más claros. ¿Qué es en efecto un derecho sino un «interés jurídicamente protegido»? En cuanto a las excepciones que se prevén en los apartados *a* y *b*, el orador es contrario a la eliminación de la condición establecida en el apartado *a*, que dice: «y guarden relación con el objeto de la demanda o con el organismo o la entidad contra el que se haya promovido

el proceso». El relator estima que la fórmula que la precede la hace inútil. Pero eliminarla sería una vez más ampliar las excepciones y, por consiguiente, reducir el concepto de inmunidad.

23. La necesidad del artículo 23 no es evidente, pues los bienes que en él se enumeran no podrían ser considerados de todas maneras como bienes mercantiles. El Relator Especial propone que se añada al final del apartado *c* del párrafo 1 la frase siguiente: «que correspondan a fines monetarios». Pero ¿con qué fines se pueden utilizar «los bienes del banco central» sino con fines monetarios? Añadir esta precisión sería reducir aún más la inmunidad del Estado, y el orador es partidario, pues, de que no se modifique el apartado. La nueva redacción propuesta para el párrafo 2 (A/CN.4/415, párr. 240) no parece mucho mejor. El Sr. Calero Rodrigues piensa que hay que mantener el texto aprobado por razones de equilibrio, con las mejoras que pueda aportar el Comité de Redacción.

24. Pasando a la parte V del proyecto (Disposiciones diversas), el orador dice que el artículo 24 aprobado en primera lectura era un texto muy completo que preveía la notificación del acto de incoación de un proceso por medios convenidos entre los Estados interesados o por la vía diplomática o incluso por otros medios, incluido el correo certificado. En el nuevo texto propuesto, el Relator Especial simplifica la disposición (*ibid.*, párr. 248). Sin embargo, en su opinión, la notificación por correo no es comúnmente admitida. En el apartado *a* del párrafo 1, el Relator Especial, basándose en las observaciones de varios gobiernos, propone que se suprima el término «acuerdo» y se reemplace por la fórmula «cualquier convenio internacional aplicable que obligue» a los Estados. No obstante, el hecho de que el acuerdo no sea aceptado por todos los sistemas jurídicos no es un argumento muy convincente en favor de su supresión. Quizá se podría sustituir el apartado *a* por la siguiente frase: «de conformidad con cualquier acuerdo o disposición internacional aplicable que obligue al Estado del foro y al Estado interesado», con el fin de prever toda eventualidad.

25. El Relator Especial no recomienda enmiendas a los artículos 25, 26 y 28. Propone, en cambio, una modificación relativamente importante en el párrafo 2 del proyecto de artículo 27, en la medida en que el privilegio reconocido a un Estado Parte en un procedimiento ante un tribunal de otro Estado se limitaría en lo sucesivo al Estado demandado. El Sr. Calero Rodrigues cree que no es una buena idea, pues por ser Estados no pueden ser tratados como partes ordinarias en un procedimiento. Sean demandantes o demandados, no cabe exigirles garantías.

26. El Sr. MAHIOU, después de haber indicado que sus observaciones sobre los artículos 12 y siguientes coincidirán en ciertos puntos con las del orador precedente, señala que el Relator Especial recomienda que se suprima en el párrafo 1 del artículo 12 el criterio de la seguridad social. Sin querer insistir en su mantenimiento, el orador piensa, no obstante, que ese criterio es bastante claro y permite vincular el contrato de trabajo al Estado del foro. El Relator Especial propone también que se supriman los apartados *a* y *b* del párrafo 2, aunque la Comisión los había incluido en este párrafo en primera lectura para responder a un cierto número de situaciones particulares. El Sr. Mahiou vacilaría, pues, en seguir al Relator Especial en este punto.

27. No habría dificultad en aprobar la sugerencia del Gobierno español relativa a un nuevo párrafo 2 para el artículo 13 (A/CN.4/410 y Add.1 a 5), pero el orador se pregunta cuál es su utilidad.

28. Son muchos los gobiernos que han destacado la complejidad y la singularidad del artículo 14, cuyo texto se inspira en conceptos de *common law*. El orador comparte a este respecto las observaciones del Relator Especial, que cree que hay que simplificar el proyecto y suprimir varios apartados a fin de evitar plantear problemas a los países que no están familiarizados con estos conceptos.

29. En el artículo 18 el Relator Especial recomienda que se supriman los términos «no gubernamental» y «no gubernamentales» que figuran entre corchetes en los párrafos 1 y 4. Se trata de un problema de fondo que ya surgió en relación con los artículos 2 y 3. Al igual que a veces resulta difícil definir el contrato mercantil, puede ser difícil también definir la utilización comercial o no comercial de un buque. El análisis que el Relator Especial hace a este respecto en su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1, párrs. 24 y 25) no da cuenta exactamente de la posición de los países en desarrollo, en particular cuando dice que duda de que «conceder la inmunidad a los buques de propiedad de países en desarrollo o explotados por ellos resulte ventajoso a esos países a largo plazo». Los países en desarrollo no aspiran a tal situación, que sería a la vez injusta e inaceptable: lo que piden es que la inmunidad de jurisdicción pueda invocarse en ciertas circunstancias en que se halla en juego el interés público. Al igual que en el caso del contrato mercantil, en que la finalidad del interés público sirve de criterio subsidiario para determinar la naturaleza del contrato, el interés público puede intervenir en segundo lugar para determinar la naturaleza de la utilización de un buque. Hay que evitar presentar la posición de los países en desarrollo como excesiva. En el caso presente, conviene razonar como se ha hecho con los artículos 2 y 3 y tratar de lograr una transacción que tenga en cuenta ciertas circunstancias particulares cuando los buques son utilizados con fines gubernamentales de interés público.

30. El Relator Especial, para demostrar que el término «no gubernamental» es inadecuado, se refiere a textos como la Convención de Bruselas sobre las inmunidades de los buques de Estado, de 1926; a la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua, de 1958, y la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982 (*ibid.*). El Sr. Mahiou interpreta estos textos de una manera un tanto diferente. En la Convención de Bruselas de 1926 o en la Convención de 1958 se trata de buques exclusivamente dedicados a un servicio gubernamental no comercial: se puede deducir de ello *a contrario* que existe un servicio gubernamental comercial. Los términos empleados difieren a veces de una Convención a otra, pero persiste la distinción entre estos dos tipos de servicios. Por lo demás, se halla también esta distinción en los artículos 96 y 236 de la Convención de 1982. Ahora bien, la distinción entre lo que es comercial y lo que no lo es en la actividad gubernamental entraña un cierto número de consecuencias desde el punto de vista jurisdiccional. Este problema debe hallar una solución en la propuesta de las disposiciones del nuevo artículo 2 dedicado al contrato mercantil (A/CN.4/415, párr. 29), es decir, una solución equitativa, basada en un criterio relativamente claro pero que salvaguarde al mismo tiempo ciertas situaciones particulares.

31. De las dos expresiones colocadas entre corchetes en el artículo 19, el Relator Especial prefiere la segunda, que tiende a ampliar el alcance de la excepción. El orador vacila en sumarse a esta opinión por temor de que de ello resulte una brecha por la cual las jurisdicciones pudieran poner abusivamente en tela de juicio la inmunidad de jurisdicción del Estado. Cuando se sale del ámbito contractual es muy fácil llegar a cuestionar decisiones que se consideren como actos del Gobierno pertinentes a su soberanía. Para ilustrar el riesgo de interpretación tendenciosa de ciertas expresiones, el orador toma como ejemplo el asunto de las *Pirámides*. Un contrato para un proyecto de desarrollo turístico concertado entre un organismo egipcio y una empresa extranjera provocó un clamor general en Egipto y en el extranjero por estimar la opinión pública que este proyecto podía estropear una de las siete maravillas del mundo. El contrato firmado fue, pues, cuestionado y la empresa extranjera hizo valer la cláusula de arbitraje para pedir una indemnización por las obras ya realizadas. Ahora bien, el tribunal arbitral se declaró competente no solamente con respecto al organismo público que había firmado el contrato con esta empresa, sino también con respecto al propio Estado egipcio, que, en cuanto Estado tutor, había avalado el contrato; a juicio del tribunal, la simple aprobación, acto unilateral del Estado, suponía participación en el contrato y, por consiguiente, en la cláusula compromisoria. Claro está, Egipto apeló y el laudo fue anulado.

32. Este ejemplo abogaría por la extensión de la jurisdicción del Estado del foro. En efecto, son los tribunales arbitrales, a los que generalmente se dispensa confianza, los que a veces se ven tentados de ir más allá de su competencia, mientras que el juez del foro desempeñará de buen grado el papel de defensor de las prerrogativas del Estado. Este ejemplo muestra al mismo tiempo que hay una tendencia, a partir del momento en que el Estado interviene para aprobar un contrato mercantil, a considerarlo como parte en la cláusula de arbitraje y a cuestionar su acción, incluso cuando ésta se ejerce en el marco de sus poderes soberanos. Por eso, en el estado de cosas actual, el Sr. Mahiou prefiere retener la primera expresión que figura entre corchetes en el artículo 19, a saber, «contrato mercantil». La jurisdicción insidiosa es un peligro del que hay que desconfiar.

33. También, a propósito del artículo 19, el Relator Especial se pregunta si no hay que tomar posición sobre el problema de la ejecución de los laudos arbitrales. El Estado que ha aceptado una cláusula de arbitraje, ¿no ha aceptado con ello la competencia de las jurisdicciones a las que se puede recurrir para hacer ejecutar el laudo? El orador no volverá a examinar esta cuestión, de la que trató anteriormente (2116.ª sesión), pero señala que hay que ser prudente sobre este punto, pues esta extensión de la competencia de los tribunales del foro podría traducirse en resultados discutibles. Recuerda también que no hay que confundir la aceptación de la cláusula compromisoria y la aceptación del procedimiento de *exequatur*.

34. El artículo 20, que reserva de alguna manera la solución del problema de las nacionalizaciones, es uno de los elementos de una transacción global y se concibió con la finalidad de hacer aceptable el *proyecto* de artículo 15 y de salvaguardar las medidas de expropiación y de nacionalización que pudieran tomar los Estados. El orador es uno de los miembros de la Comisión que propusieron este

artículo, pero ni su redacción ni su lugar en el proyecto le satisfacen. Dadas las interpretaciones ambiguas que suscitan sus disposiciones, se pregunta incluso si conviene conservarlo.

35. Sobre el artículo 21, el Relator Especial hace tres recomendaciones en su informe preliminar (A/CN.4/415, párrs. 217 a 219) y una cuarta en su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 46). Pide, como en el artículo 18, la supresión del término «no gubernamentales», que el orador, por el contrario, cree que hay que conservar por las razones ya indicadas; quizá el Comité de Redacción pueda hallar una solución sobre este punto. Por lo que respecta al concepto de «interés jurídicamente protegido», quizá es propio de ciertos sistemas jurídicos. Pero como el concepto de «interés» es más amplio que el de «derecho» y la Comisión se encuentra en un ámbito en el que hay que limitar al máximo las medidas de ejecución, parece prudente conservar esta expresión por el momento, sea en el artículo 21 o en el artículo 22.

36. El Relator Especial estima, por otra parte, que no cabe exigir un vínculo entre la propiedad en cuestión y el objeto de la demanda o la institución o el organismo contra el cual se ha incoado el procedimiento ni hacer de ello una condición previa a las medidas coercitivas: ha precisado su posición sobre este punto en su exposición oral (2115.ª sesión), haciendo alusión al asunto *Letelier*. Sin embargo, hay que observar que este problema requiere soluciones diferentes según los países. Incluso en aquellos en los que se manifiesta una tendencia restrictiva de la inmunidad se exige este vínculo de conexión. El Sr. Mahiou cree saber que el Reino Unido es el único Estado que ha suprimido esta condición; en los Estados Unidos de América las propuestas hechas en este sentido no han dado resultado. Por lo demás, las soluciones adoptadas en el plano nacional no se imponen necesariamente en un instrumento de alcance universal.

37. El nuevo texto del párrafo 2 del artículo 23, propuesto por el Relator Especial en su informe preliminar (A/CN.4/415, párr. 240), mejora el texto aprobado. Queda, no obstante, por resolver el problema de las cuentas bancarias, mencionado en el informe preliminar y en el segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 44). Sobre este punto, la posición del Relator Especial parece mal definida y requiere aclaraciones. Parece que propone volver a la recomendación inicial hecha en su informe preliminar, que consistía en añadir en el apartado c del párrafo 1 las palabras «y se utilicen para fines monetarios», con el fin de proteger los bienes del banco central o de cualquier otra autoridad monetaria al servicio de la política monetaria del Estado. El orador tiene algunas dudas ante esta sugerencia por la razón dada por el Sr. Calero Rodrigues, pues todo banco central, a su juicio, no tiene otras actividades que las monetarias. La expresión «para fines monetarios» carece de claridad. Si redujera la inmunidad del Estado en esta esfera suscitaría ciertamente dificultades. En el estado de cosas actual, el orador prefiere el texto anterior.

38. Los artículos 24 a 26 no suscitan observaciones de parte del orador, que comparte las preocupaciones del Relator Especial y suscribe sus recomendaciones. Corresponderá al Comité de Redacción ver si estas recomendaciones mejoran el texto y deben seguirse. Dicho esto, las observaciones de la República Federal de Alemania y de la República Democrática Alemana sobre el artículo 25,

que tienden a evitar que se dicte un fallo en rebeldía contra un Estado por el hecho de que haya habido notificación, merecen ser tomadas en consideración.

39. El párrafo 2 del artículo 27 aprobado en primera lectura es preferible al nuevo texto propuesto por el Relator Especial (A/CN.4/415, párr. 266), pues el Estado demandante debe gozar de los mismos favores que el Estado demandado, en primer lugar por la razón dada por el Sr. Calero Rodrigues y después porque hay que evitar disuadir a los Estados de ser demandantes. Ahora bien, en algunos países el aspecto financiero del procedimiento es muy importante. Si se obliga a un Estado demandante a depositar una fianza, quizá renuncie a proseguir su acción, poniendo así su inmunidad de jurisdicción en cuestión. Este elemento debe tenerse en cuenta si se piensa en el costo de algunos procedimientos.

40. El Sr. AL-KHASAWNEH rinde tributo al Relator Especial y a los Estados que han dado a conocer sus observaciones sobre los proyectos de artículos aprobados en primera lectura. Quedan todavía varios puntos que exigen un examen a fondo, examen que la Comisión no podrá llevar a cabo en el período de sesiones en curso si examina el conjunto del proyecto de artículos. Por eso el Sr. Al-Khasawneh limitará su intervención a los artículos 1 a 11 *bis*.

41. El artículo 1 (Alcance de los presentes artículos) es satisfactorio, tanto por su tenor como por el lugar que ocupa en el conjunto del proyecto. La fusión de los artículos 2 (Términos empleados) y 3 (Disposiciones interpretativas) en un solo nuevo artículo 2 parece justificada. Por el contrario, la definición de la expresión «contrato mercantil» es una tautología que se podría evitar si en el inciso i) del apartado c del nuevo texto (A/CN.4/415, párr. 29) se suprimiera la palabra «mercantil» y en el inciso iii) del mismo apartado se sustituyera la palabra «mercantil» por la palabra «negocios». En el párrafo 3 la palabra «principalmente» es innecesaria, pues sólo tiene sentido si se aplica principalmente el criterio de la naturaleza del contrato y se conserva un criterio complementario en el caso previsto en el párrafo 2 del artículo 3 aprobado. Lo que es más importante, las palabras «pero si [...] para la determinación del carácter no mercantil del contrato» son también superfluas, habida cuenta del párrafo 2 del artículo 11. De hecho, tal como está redactada, esta disposición del párrafo 3 en su totalidad no tiene otro valor que el de recomendación y no hace más que templar la norma según la cual un Estado que haya concertado un contrato mercantil con una entidad extranjera no estatal puede gozar de inmunidad de jurisdicción en virtud del apartado b del párrafo 2 del artículo 11. El texto propuesto por el Relator Especial para el párrafo 3 sin duda tiene por objeto conciliar las divergencias de opinión sobre el peso que se ha de conceder a la naturaleza del contrato y a su fin, pero el orador todavía no puede aceptarlo. Queda en pie la cuestión de saber el peso que convendrá conceder al fin no mercantil de un contrato cuya naturaleza y forma revisiten carácter mercantil. Las observaciones de los gobiernos no sirven de gran ayuda en este punto, pues están divididas. No obstante, toda sugerencia encaminada a conceder el mismo peso a la naturaleza y al fin del contrato debe rechazarse. Si se aceptase, los jueces llamados a interpretar la futura convención tendrían una tarea muy difícil ante sí. Esta tarea no sería más fácil si tuvieran que tener en cuenta «principalmente» la naturaleza del contrato, pues

en tal caso la finalidad del contrato no intervendría más que de manera marginal y subsidiaria. En efecto, en primer lugar, el criterio de la finalidad es subjetivo por definición. En segundo lugar, no es inconcebible —es incluso normal— que al concertar un contrato mercantil un Estado esté motivado a la vez por consideraciones mercantiles y por consideraciones que se refieren al bienestar público. En tercer lugar, como la práctica del Estado que invoca la inmunidad varía según los países, se adoptarían diferentes soluciones en función del Estado considerado, lo que iría en contra de la unificación que se pretende lograr.

42. El Gobierno del Reino Unido subraya en sus observaciones que existe ya un mecanismo en el apartado *b* del párrafo 2 del artículo 11, en virtud del cual un Estado puede reservar su inmunidad en el momento de concertar el contrato. No obstante, puesto que la restricción de la inmunidad se explica esencialmente por el deseo de proteger derechos privados, no hay razón alguna, cuando la entidad no estatal consiente en que la otra parte en el contrato, es decir, el Estado, invoque la inmunidad, para que el Estado del foro cuestione el consentimiento así dado, salvo, tal vez, por consideraciones de interés público. De ello se sigue que en algunos casos este consentimiento se extendería a contratos cuya naturaleza y finalidad son, ambas, mercantiles, lo que borraría la línea divisoria entre los actos *jure imperii* y los actos *jure gestionis* en la que se funda la teoría de la inmunidad restringida. Es posible, por ejemplo, que una empresa, ignorando la sutileza de esta distinción o simplemente deseosa de lograr beneficios con rapidez, acepte una cláusula en la que se estipule que un Estado se reserva su inmunidad con respecto a un contrato cuya naturaleza y finalidad son ambas mercantiles. A la inversa, es posible que un Estado deseoso de asegurar el bienestar de sus ciudadanos concierte con una empresa extranjera un contrato en el cual consiente en renunciar a su inmunidad, aun cuando la finalidad del contrato sea de interés público. En los dos casos el mecanismo previsto en el apartado *b* del párrafo 2 del artículo 11 permitiría el libre juego de las fuerzas del mercado y por ello no podría ser considerado suficiente. En efecto, el derecho tiene por misión moderar el ejercicio del poder, sea económico o político, y no reforzarlo. El orador se ve así obligado a concluir que es la finalidad del contrato lo que conviene retener como criterio, atenuando en la medida de lo posible su carácter subjetivo, en aras de la estabilidad del derecho y de la uniformidad del régimen. Para ello se podría enumerar una serie de clases de contratos mercantiles para los cuales se aplicaría el criterio de la finalidad, por ejemplo, los contratos con fines militares o los concertados en caso de socorro de urgencia. Otra solución sería añadir al párrafo 2 del artículo 11 un apartado *c*, concebido en los siguientes términos: «si el tribunal se ha asegurado de que el fin del contrato es un fin de interés público».

43. Pasando al artículo 4 (Privilegios e inmunidades no afectados por los presentes artículos), el orador estima que habría que pensar en que en el ámbito de aplicación del párrafo 2 entrara la situación de algunas personas vinculadas al jefe de Estado, por ejemplo los miembros de su familia que viven con él y los criados vinculados a su servicio personal, y quizás también los primeros ministros y los ministros de relaciones exteriores.

44. El Sr. Al-Khasawneh considera satisfactorio el artículo 5 (Irretroactividad de los presentes artículos), aun-

que juzga pertinente la observación del Gobierno australiano en cuanto a la utilidad de imponer ciertas restricciones a la aplicación de la futura convención. Es significativo a este respecto que, después de la promulgación de la *Foreign Sovereign Immunities Act* de los Estados Unidos de América en 1976, los demandantes hayan comenzado a promover acciones relativas a asuntos que se remontaban al decenio de 1940, como ha señalado el Sr. Shi (2115.^a sesión).

45. Pasando al artículo 6 (Inmunidad del Estado), el orador apoya la supresión de la frase entre corchetes. No obstante, por haber sido este artículo objeto de una viva polémica en la Comisión y entre los publicistas, desea detenerse un poco en él. En primer lugar, señala que en el marco de la codificación y del desarrollo progresivo del derecho internacional, la Comisión y la Sexta Comisión de la Asamblea General tienden desde hace algún tiempo a optar por soluciones fáciles. Para ciertas materias se preconiza la fórmula del acuerdo marco a fin de tener en cuenta la diversidad de las situaciones: tal es el caso en lo que atañe al derecho de los usos de los cursos de agua internacionales y a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. En otra materia, el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, la Comisión ha estado a punto de caer en la tentación de establecer un régimen facultativo que hubiera cuestionado el derecho de las relaciones diplomáticas y consulares. En el caso de la materia en estudio, la misma renuencia a aceptar un régimen uniforme ha llevado a la introducción de la frase que figura entre corchetes en el artículo 6 y a la aprobación en primera lectura del artículo 28 (No discriminación). ¿Es ésta una prueba de creatividad? ¿O bien la confesión de que quizás es imposible legislar para el conjunto de los países en su heterogeneidad? Parece que la segunda explicación es la acertada. La Comisión legisla, ciertamente, pero los instrumentos que elabora no pueden servir de vara para medir con seguridad la acción de los Estados. En otros términos, se atiene a la codificación; de ahí la congelación de la evolución por el derecho consuetudinario, sin esa certidumbre que la codificación debería aportar para compensar la pérdida del pragmatismo y la creatividad que caracterizan al derecho consuetudinario.

46. En segundo lugar, los Estados han procedido en todas las épocas a efectuar intercambios comerciales. No obstante, el hecho es que, en la materia en estudio, la abundancia de las decisiones judiciales, de las prácticas administrativas y de las legislaciones nacionales contrasta con la inexistencia de jurisprudencia internacional y con la pobreza de la práctica diplomática, y nada permite creer en una inversión de esta tendencia. Hay muy pocas oportunidades de que se multipliquen los fallos de los tribunales internacionales o los laudos arbitrales. Por el contrario, es muy probable que aparezcan jurisprudencias nacionales y legislaciones internas que vayan en dos direcciones opuestas y consagren en unos países la teoría de la inmunidad restringida y en otros la de la inmunidad absoluta. Es aquí precisamente donde interviene la codificación cuya razón de ser es poner término a los procesos que puedan ser fuente de incertidumbre en el plano jurídico. Pero si el proyecto de artículos en estudio no ha de enunciar más que reglas de importancia secundaria, la incertidumbre será la misma.

47. En tercer lugar, se ha dicho que como es difícil establecer una distinción clara entre los actos *jure imperii* y los actos *jure gestionis* y conseguir que todos los Estados acepten una línea divisoria exacta entre inmunidad y no inmunidad, convendría admitir una zona imprecisa que sería objeto de reglas ulteriores.

48. Los problemas de este género son comunes a todos los proyectos de artículos y todo conjunto de normas lleva en sí los gérmenes de su propia destrucción, pero sólo un proyecto de artículos inadecuado sembraría voluntariamente la semilla de su ineficacia.

49. Habida cuenta de estas consideraciones, el orador se opone a que se mantenga la frase colocada entre corchetes en el artículo 6. A este respecto, aceptaría a lo sumo la propuesta del Gobierno español, cuyo objeto es añadir al preámbulo de la futura convención un párrafo como sigue:

«Afirmando que las normas del derecho internacional continuarán rigiendo las cuestiones que no hayan sido expresamente reguladas en la presente Convención» (A/CN.4/410 y Add.1 a 5).

En un loable esfuerzo de transacción, el Relator Especial ha propuesto también que se suprima la frase que figura entre corchetes y se introduzca en el lugar oportuno del proyecto un artículo 6 *bis* (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 17) y ha invitado a los miembros de la Comisión a que indiquen si prefieren la propuesta española o este nuevo artículo. Por su parte, el orador prefiere la propuesta española porque cree que el artículo 6 *bis* tiene pocas posibilidades de ser aprobado por los defensores de la teoría de la inmunidad restringida y porque, como ha dicho el Sr. Reuter (2115.ª sesión), dado que los Estados partidarios de la teoría de la inmunidad absoluta de todas maneras pondrán objeciones, este nuevo artículo propuesto no es más que una solución aparente.

50. A propósito del artículo 7 (Modo de hacer efectiva la inmunidad del Estado), el orador piensa, como el Sr. Tomuschat (2116.ª sesión), que conviene estudiar la relación entre este artículo y el artículo 2; suscribe también las observaciones de forma que ha hecho el Sr. Al-Qaysi (*ibid.*, párr. 43). Por lo que se refiere al artículo 8 (Consentimiento expreso en el ejercicio de jurisdicción), aprueba la enmienda propuesta por el Relator Especial en el apartado c (A/CN.4/415, párr. 93). En cuanto al artículo 9 (Efecto de la participación en un proceso ante un tribunal), desearía saber, como el Sr. Al-Qaysi, si es posible revocar una renuncia manifestada por error cuando el Estado que invoca la jurisdicción ha iniciado él mismo el procedimiento. Aunque poco probable, este caso no es inconcebible. En lo que respecta al artículo 10 (Reconvenciones), el orador acoge con satisfacción la incorporación de un nuevo párrafo 4 por sugerencia de Tailandia.

51. Pasando a la parte III del proyecto ([Limitaciones de] [Excepciones a] la inmunidad del Estado), el Sr. Al-Khasawneh estima también que la importancia dada al título de esta parte, que ha suscitado tanta polémica, es desproporcionada.

52. Con respecto al artículo 11 (Contratos mercantiles), a algunos aspectos del cual ya se ha referido al analizar los artículos 2 y 3, el orador hace observar en primer lugar que el empleo de las palabras «en virtud de las normas aplicables de derecho internacional privado» en el párrafo 1 parece partir de la hipótesis de que la elección del derecho aplicable y la elección de la jurisdicción son una misma

cosa; como no siempre es así, desearía aclaraciones por parte del Relator Especial. En segundo lugar, señala que en el nuevo artículo 2 propuesto, el Relator Especial emplea la palabra «acuerdo» en el párrafo 3 en lugar de «contrato» cuando las dos partes son Estados. Esto parece justificado, pero de ello resulta que el apartado a del párrafo 2 del artículo 11 puede suprimirse, puesto que un contrato (o acuerdo) mercantil concertado entre Estados gozaría de todas maneras de la inmunidad de jurisdicción. En tercer lugar, se congratula de la observación del Relator Especial, según la cual las normas de derecho internacional privado exigen a menudo la existencia de una conexión territorial (*ibid.*, párr. 116).

53. Finalmente, por lo que respecta al nuevo artículo 11 *bis* propuesto, sobre bienes de Estado separados (*ibid.*, párr. 122), el orador lo considera fundado en el sentido de que limita las acciones judiciales abusivas contra Estados extranjeros haciendo una distinción entre el Estado y la empresa estatal dotada de bienes de Estado separados. Los ejemplos mencionados por el Sr. Shi recuerdan que este problema no puede pasarse por alto. Se puede plantear una cuestión de principio: ¿hay que incluir en el proyecto de artículos una disposición expresa relativa a una institución que es propia de un solo grupo de Estados? Lo ideal sería no hacerlo, pero en un instrumento internacional conviene llegar a una solución justa y equitativa y el orador no piensa que será así si se aprueba el artículo 11 *bis*. En cuanto a su redacción exacta, convendría confiar la tarea al Comité de Redacción.

54. El Sr. AL-QAYSI dice que completará sus observaciones sobre el tema en estudio refiriéndose a los artículos 21 y siguientes.

55. A propósito del artículo 21 (Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas), suscribe la recomendación del Relator Especial, cuyo objeto es suprimir las palabras «o de aquellos en que tenga un interés jurídicamente protegido», colocada entre corchetes, no solamente porque su significado no es claro, como ya se ha dicho, sino también por las razones expuestas en el párrafo 4 del comentario al artículo:

[...] el interés del Estado puede ser tan marginal que no resulte afectado por la medida coercitiva, o ser de tal naturaleza que dicho interés, ya se trate de un derecho de rescate o de un derecho de reversión, puede permanecer intacto independientemente de la medida coercitiva a que se someta el uso de los bienes. [...]⁵

De igual modo, el orador está de acuerdo con el Relator Especial en que se suprima el término «no gubernamentales» que figura entre corchetes. Finalmente, por las razones indicadas por el Gobierno de Qatar, aprueba la propuesta tendiente a suprimir las palabras «y guarden relación con el objeto de la demanda o con el organismo o la entidad contra la que se haya promovido el proceso» en el apartado a.

56. Pasando al artículo 22 (Consentimiento en las medidas coercitivas), el orador dice que está de acuerdo también con el Relator Especial en que se supriman las palabras «o de aquellos en que tenga un interés jurídicamente protegido» que figuran entre corchetes en el párrafo 1 por las razones expuestas a propósito del artículo 21.

57. En cuanto al artículo 23 (Clases especiales de bienes), el orador es partidario de la supresión del término

⁵ *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), pág. 18.

«no gubernamentales», que figura en el párrafo 1 entre corchetes. Dicho esto, se pregunta cuál es el texto que el Relator Especial recomienda en realidad para el apartado c del párrafo 1. En su informe preliminar (A/CN.4/415, párrs. 239-240), el Relator Especial propone que se añadan al apartado c del párrafo 1 las palabras «que correspondan a fines monetarios» y que se modifique el párrafo 2; en su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 45) propone que se formule de nuevo el apartado c del párrafo 1 del artículo 23 y se suprima el párrafo 2, y después sugiere que se modifique en consecuencia el artículo 21 (*ibid.*, párr. 46). Más adelante propone otra vez (*ibid.*) que se añadan las palabras «que correspondan a fines monetarios» al final del apartado c del párrafo 1.

58. ¿Cuál es exactamente la situación? El orador se declara en favor de la adición propuesta por el Relator Especial en el apartado c del párrafo 1, pero se pregunta si el párrafo 2 se va a mantener tal como aparece en el informe preliminar o si se suprimirá. Si este último párrafo se mantiene, y tal es probablemente la intención del Relator Especial, éste deberá modificar las propuestas que figuran en el párrafo 28 de su segundo informe. Pero habrá que resolver también otro problema. El Relator Especial ha indicado claramente que si recomienda modificar el párrafo 22 es en razón de las observaciones de la República Democrática Alemana. Ahora bien, cabe señalar que la República Democrática Alemana da como razón de su propuesta que el párrafo 2 del artículo 23 aprobado en primera lectura surtiría el efecto de desvirtuar la medida especial de salvaguardia prevista. El orador no capta la lógica de este razonamiento en vista del comentario al artículo 23, donde se dice que ésta pretende proteger las clases específicas de bienes enumeradas en los apartados a a e del párrafo 1, a menos que el Estado haya asignado o destinado esos bienes a la satisfacción de la demanda objeto del procedimiento o haya consentido expresamente en la adopción de las medidas coercitivas⁶. En ambos casos es el consentimiento del Estado —tácito en el primero, expreso en el segundo— lo que sirve de base para la supresión de la protección especial. ¿Por qué debería prestarse este consentimiento para una negación de la protección? Más sorprendente aún es el texto del párrafo 2 del artículo 23 tal como ha sido modificado por el Relator Especial en razón de las observaciones de la República Democrática Alemana. Propone, en efecto, que «no obstante lo dispuesto en el artículo 22» —es decir, a pesar del consentimiento expreso del Estado—, la protección especial concedida a las categorías de bienes enumerados en el párrafo 1 sólo puede suprimirse si el Estado de que se trate ha asignado o destinado esos bienes a la satisfacción de la demanda objeto del procedimiento. ¿Quiere decir esto que el consentimiento expreso importaría poco, a menos que fuese acompañado de un consentimiento tácito en forma de reserva o de asignación de bienes? Si tal es el caso, el Sr. Al-Qaysi no comparte este razonamiento. Prefiere el texto del párrafo 2 aprobado en primera lectura y cree que las únicas modificaciones que hay que introducir en el artículo 23 consisten en suprimir el término «no gubernamentales» en el párrafo 1 y añadir en el apartado c de ese párrafo las palabras «que correspondan a fines monetarios».

59. En lo que concierne al artículo 24 (Notificación del acto de incoación de un proceso) y al artículo 25 (Fallo

en ausencia), el Sr. Al-Qaysi aprueba la propuesta del Sr. Shi (2115.ª sesión), encaminada a suprimir en los párrafos 3 y 2 respectivamente las palabras «de ser necesario». Se suma asimismo a la propuesta hecha por el Relator Especial a raíz de las observaciones del Reino Unido y de la República Federal de Alemania, consistente en modificar el párrafo 2 del artículo 27 (Inmunidades procesales) de manera que la disposición sólo se aplique al Estado demandado. En cuanto al artículo 28 (No discriminación), el Sr. Al-Qaysi, habida cuenta de las dudas que ya ha expresado (2116.ª sesión) sobre la aplicabilidad del nuevo proyecto de artículo 6 *bis*, considera que tiene su lugar en el proyecto de artículos.

60. Finalmente, señalando que el Relator Especial se ha referido a la posibilidad de incluir una parte VI en el proyecto sobre el arreglo de controversias, cree, como el Sr. Shi, que no es el momento de hacerlo. Si el proyecto de artículos debe tomar la forma de una convención internacional, corresponderá a la Conferencia de Plenipotenciarios resolver la cuestión.

61. El Sr. OGISO (Relator Especial) precisa, con respecto al artículo 23, que la única modificación que propone se refiere al apartado c del párrafo 1 y tiene por objeto añadir las palabras «que correspondan a fines monetarios»; el párrafo 2 permanece inalterado.

62. El Sr. AL-QAYSI agradece al Relator Especial esta precisión, que, sin embargo, no responde por entero al problema que ha planteado a propósito del párrafo 2. Espera con interés el resumen del debate que hará el Relator Especial.

63. El Sr. TOMUSCHAT dice que, a diferencia de varios de los oradores que le han precedido, no es partidario de que se suprima el artículo 12, que le parece útil y perfectamente justificado. Prueba de ello es el fallo dictado el 22 de mayo de 1984 por el Tribunal Federal suizo: la embajada de un país asiático en Berna había contratado en 1958 a un súbdito italiano para un puesto de radiotelegrafista; al interesado se le encargaron después diversas tareas y finalmente se le degradó y despidió en 1979, según él, arbitrariamente. Para hacer valer sus derechos, inició un proceso contra su empleador. Con arreglo al párrafo 3 del artículo 37 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, el interesado, al formar parte del personal de servicio de la embajada, no gozaba de ninguna inmunidad diplomática y no tenía ni estatuto diplomático ni el estatuto de funcionario del país de que se trataba. Sus relaciones con ese país se basaban en un simple contrato de trabajo. Cabe preguntarse, pues, contra quién que no fuera ese país hubiese podido iniciar un proceso para hacer valer sus derechos. ¿Debía dirigirse para ello a un país lejano? Está claro que denegar el acceso a los tribunales locales en tales casos equivaldría a una denegación de justicia. Dando lectura a la segunda oración del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Sr. Tomuschat se declara persuadido de que la garantía prevista en esta disposición no se respetaría si el acceso a un tribunal competente para «la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil» resultara excesivamente difícil. En los casos previstos en el artículo 12 del proyecto, los tribunales locales son la única instancia posible.

64. A este respecto, el argumento según el cual el interesado puede dirigirse a su gobierno a fin de que éste

⁶ *Ibid.*, pág. 21, párr. 7 del comentario.

presente una reclamación contra el Estado empleador no es muy convincente. Esta posibilidad no equivale a un recurso, puesto que en el marco de la protección diplomática la suerte del interesado depende totalmente de una decisión discrecional de su gobierno. Ahora bien, muchos gobiernos vacilarían en hacer suya la modesta demanda de uno de sus nacionales contra un Estado extranjero, por temor de que resultaran afectadas sus relaciones con ese Estado. Por consiguiente, si la Comisión quiere permanecer fiel al principio fundamental según el cual toda persona que estime que sus derechos han sido vulnerados debe disponer de un recurso eficaz, debe reconocer la competencia de los tribunales locales.

65. En cuanto a las excepciones previstas en el párrafo 2 del artículo 12, merecen ser examinadas de cerca. En particular, en el apartado *c* la fecha crítica no debería ser la del contrato de trabajo; en el ejemplo mencionado anteriormente, el empleado había sido contratado 21 años antes de la decisión de despido.

66. El Sr. Tomuschat prefiere también el texto aprobado del artículo 13, pues, como acaba de decir a propósito del artículo 12, permitir a una persona que estime haber sufrido un perjuicio causado por un Estado extranjero que se dirija a la justicia es el medio más simple y más eficaz de resolver el litigio. ¿Por qué este Estado debería, por efecto de la inmunidad, eludir toda responsabilidad por el hecho de que sus agentes se encuentren en otro país? Esos agentes están obligados a respetar las leyes y reglamentos de ese país. ¿Por qué, si no lo hacen, la persona lesionada debería verse en una situación equivalente a una denegación de justicia? Tampoco en este caso darle la posibilidad de incoar un proceso ante los tribunales del Estado extranjero es una solución.

67. Por el contrario, el Sr. Tomuschat no cree que haya que suprimir la condición relativa a la presencia del autor del acto en el territorio del Estado del foro. No es suficiente estipular que los daños deban haber sido causados en el territorio del Estado del foro o, como propone ahora el Relator Especial, que el acto o la omisión causante del perjuicio haya ocurrido en ese territorio: ello sería ampliar indebidamente el campo de aplicación del artículo 13. Según la doctrina de la competencia extraterritorial, un acto y sus efectos constituyen un todo indivisible. Los casos en que el Estado extranjero actúa dentro de los límites de sus fronteras, en el pleno ejercicio de su poder soberano, son una cosa; los casos en que sus agentes actúan en el territorio del Estado del foro son otra, pues ningún Estado es soberano en el territorio de otro Estado, y sus agentes deben respetar siempre las leyes locales: la soberanía territorial prevalece siempre, salvo acuerdo en contrario. Si bastase que los daños ocurrieran en el Estado del foro, la cuestión de la contaminación atmosférica transfronteriza, por ejemplo, podría resolverse de manera unilateral por los tribunales de uno de los Estados de que se trate. Una solución de este género no puede ser un medio viable de arreglo de conflictos y por eso los daños transfronterizos dan generalmente origen a controversias internacionales que han de resolverse por los medios previstos en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. El Sr. Tomuschat hace suya la opinión expresada sobre este punto por el Sr. Calero Rodríguez.

68. Por lo que se refiere al artículo 14, el Sr. Tomuschat piensa, como el Relator Especial, que este texto debe simplificarse radicalmente. El apartado *a* del párrafo 1 es

innecesariamente complicado, aunque se trata de expresar una idea sencilla, a saber, que las acciones relativas a inmuebles deben poder ejercerse ante los tribunales de los países donde estén situados los inmuebles de que se trate. Cabría inspirarse a este respecto en el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, que se refiere a una acción «relativa» a un inmueble situado en el territorio del Estado acreditante. En efecto, en muchos sistemas jurídicos la mención de un «interés» sobre un bien inmueble puede ser fuente de confusión. Por principio, en un tratado de carácter universal no debe utilizarse una terminología propia de un sistema jurídico particular. En cuanto al párrafo 2, hay que suprimirlo: la inmunidad nunca debe invocarse cuando se promueve una acción contra un particular.

69. En lo que se refiere al artículo 18, el Sr. Tomuschat dice que antes de escuchar al Sr. Mahiou pensaba que todos los miembros de la Comisión estaban de acuerdo en que se suprimiera el término «no gubernamental» que aparece en diversas formas en este artículo. En efecto, con este término hay cuatro clases diferentes de buques y la disposición resulta entonces demasiado compleja para ser fácilmente aplicable.

70. El artículo 19 es difícil, pero sus disposiciones son muy importantes. La idea de base es que cuando un Estado y una persona física o jurídica extranjera han convenido en resolver sus posibles controversias mediante arbitraje, ninguna de las partes debe ulteriormente obstaculizar el procedimiento de arbitraje, por ejemplo para impedir el reconocimiento del laudo o sustraerse a su ejecución; si, en efecto, el Estado extranjero pudiese en esa fase invocar su inmunidad, el conjunto del procedimiento arbitral se vería desprovisto de sentido. Es esta idea la que hay que manifestar de modo claro en el texto, mencionando expresamente, como propone el Gobierno de Qatar, el reconocimiento y la ejecución del laudo.

71. Con respecto al artículo 20, algunos miembros de la Comisión consideran que no debe ser admisible ninguna demanda relativa a medidas de nacionalización. Es cierto que cuando un Estado nacionaliza bienes lo hace en ejercicio de su poder soberano. Sin embargo, en el artículo 20 no se enuncia una regla: este artículo constituye una cláusula de salvaguardia. Personalmente, el Sr. Tomuschat no ve a qué finalidad responde y, al igual que al Sr. Mahiou, no le han convencido los argumentos aducidos sobre este punto por el Relator Especial en su segundo informe (A/CN.4/422 y Add.1, párr. 41).

72. En cuanto al artículo 21, concede una protección demasiado amplia a los bienes privados. El Sr. Tomuschat toma como ejemplo el inmueble de Nueva York donde la misión de su país ante las Naciones Unidas alquila un piso: ¿debe hallarse este inmueble exento de toda medida coercitiva por la razón de que la República Federal de Alemania tiene en él un interés jurídicamente protegido en la forma de un arrendamiento? Se podría llegar a una conclusión en este sentido interpretando al pie de la letra el artículo 21 tal como está redactado actualmente. Ahora bien, nada justifica que se creen tales obstáculos a unas relaciones comerciales por otra parte normales. Las medidas coercitivas sólo deben excluirse si el Estado extranjero puede verse afectado en el disfrute de sus derechos: no es así en este ejemplo. El orador aprueba, pues, la propuesta del Relator Especial de que se supriman las palabras que

figuran entre corchetes en la cláusula preliminar. La misma observación es válida para la posesión o el control: las medidas coercitivas sólo deben excluirse si pueden afectar a una o a otro. Hay que reducir, pues, el alcance de este artículo y no excluir las medidas de coerción más que si el ejercicio de los derechos del Estado extranjero puede verse afectado.

73. El Sr. REUTER dice que aprueba que los artículos 1 a 11 se remitan al Comité de Redacción, junto con el nuevo artículo 11 *bis* (A/CN.4/415, párr. 122) y algunos de los artículos siguientes.

74. En lo que respecta al artículo 12, el Sr. Reuter apoya en general las propuestas del Relator Especial (*ibid.*, párr. 133), aun cuando este artículo plantee todavía algunas dificultades.

75. El artículo 13 le deja perplejo, comprendido el nuevo párrafo 2 propuesto (*ibid.*, párr. 143). Si es evidente que los daños causados a los bienes o las lesiones a las personas deben entrañar demandas de indemnización, cabe preguntarse cuáles son las normas jurídicas cuya violación puede invocarse con ocasión de tales demandas. Para el Sr. Tomuschat parece claro que se trata de normas de derecho nacional, y a este respecto se mencionan a menudo los casos de accidentes de automóvil. Si tal es la interpretación que se quiere dar a este artículo, el nuevo párrafo 2 no se justifica. Pero quizá hay que interpretar esta disposición de manera más amplia, como aplicable a los actos u omisiones que constituyen una violación de las normas de derecho internacional; en tal hipótesis la referencia a estas normas se justificaría. No obstante, en derecho internacional positivo lo único que puede hacer la persona víctima de un acto contrario al derecho internacional por parte de un Estado extranjero es pedir al Estado del que es nacional que actúe en el marco de la protección diplomática, lo que este Estado puede muy bien negarse a hacer, como acaba de decir el Sr. Tomuschat. Se trata, pues, de saber si se quiere dar aquí a las personas víctimas de daños el derecho de actuar directamente contra el Estado extranjero a quien puede imputarse el daño, solución ciertamente estimable, pero que tiene todas las posibilidades de quedarse en el plano teórico. Si éste es, no obstante, el objetivo de la disposición, hay que modificar entonces el párrafo 2, y a este respecto, o bien la propuesta de España va demasiado lejos o bien no va lo bastante lejos. Para ser claro habría que indicar expresamente que si no se beneficia de una protección adecuada y no se obtienen resultados satisfactorios por las vías normales del derecho internacional público, el individuo podrá actuar directamente. Esta solución es teóricamente defendible, pues se puede afirmar, como se ha hecho en el asunto de la *Société européenne d'études*, que cuando un Estado presenta una reclamación en el ejercicio de la protección diplomática de sus nacionales es para obtener reparación del daño sufrido por él mismo. Sea como fuere, la Comisión debe examinar de nuevo el artículo 13, decidir cuál es la hipótesis que contempla en él y modificar su presentación.

76. En el artículo 14 habría que precisar en el apartado *b* del párrafo 1 los vínculos del bien de que se trata con el territorio del Estado del foro y, por las razones expuestas por el Sr. Tomuschat, suprimir la palabra «interés» o en su defecto tratar de sustituirla por una expresión que no sea propia de la terminología del *common law*.

77. En el artículo 16 habría que precisar si se hace referencia a los derechos, impuestos u otros gravámenes en general, o solamente los que se refieren a una actividad o a un bien no cubiertos por la inmunidad. En cuanto al artículo 17, no es aconsejable emplear en el apartado *b* del párrafo 1 términos correspondientes al derecho internacional privado. Sería quizá preferible una fórmula más general que acentuara los vínculos de la sociedad con el territorio del Estado del foro.

78. En cuanto al artículo 18, elaborado en forma laboriosa, es difícil emitir un juicio sin tener un conocimiento detallado del derecho marítimo. Por lo que respecta a la supresión del término «no gubernamental», el Sr. Reuter puede aceptar que se apele a la noción de finalidad para caracterizar ciertas operaciones, situaciones o entidades, pero se impone precisión. Si efectivamente es concebible que en algunas circunstancias excepcionales los buques puedan beneficiarse de una inmunidad más amplia, como desearía el Sr. Mahiou, hay que indicar cuáles son esas circunstancias. La Comisión se verá obligada de todas maneras a examinar de nuevo este artículo, teniendo en cuenta en particular las observaciones de la República Federal de Alemania y del Reino Unido.

79. En el artículo 23 debe darse al apartado *c* del párrafo 1 mayor precisión, pues no se puede decir que todos los fondos que un Estado deposita en bancos situados en el territorio de otro Estado corresponden a fines monetarios. A lo que hay que hacer referencia aquí es a los depósitos que en el marco del sistema bancario internacional desempeñan un papel particular de garantía monetaria. Por otra parte, es probable que los medios bancarios dispongan de una definición para este tipo de depósitos.

80. Para terminar, el Sr. Reuter dice que los proyectos de artículos suscitan algunas observaciones generales que son válidas también para el nuevo proyecto de artículo 11 *bis*. Los textos propuestos por el Sr. Shi (2115.ª sesión, párr. 24) y el Sr. Barsegov (2117.ª sesión, párr. 1) para ese artículo no carecen de valor, pero suscitan reservas. En efecto, como se ha dicho, el conjunto de artículos debe enunciar normas de derecho internacional que no existen todavía, como lo demuestra el hecho de que las diversas opiniones expresadas reflejan ante todo el interés nacional. No es que el Sr. Reuter no comprenda a los Estados que desean que la inmunidad sea lo más estricta posible; pero se pregunta, al escuchar a los defensores de la teoría de la inmunidad absoluta, si no están pensando más bien en los problemas que plantea la intervención. En efecto, desde el momento en que se trata de materias civiles o mercantiles —es decir, contractuales— hay una lucha por el poder que da el derecho; si se consagra la inmunidad del Estado, ello significa que únicamente sus tribunales son competentes y que únicamente será aplicable su sistema jurídico, comprendida su legislación de fondo. Los Estados pequeños quieren protegerse y ello es normal, pero se trata más bien aquí de una cuestión de intervención. Como ha señalado el Sr. Bennouna (2117.ª sesión), no hay que olvidar las relaciones de fuerza; muchos contratos concertados en la esfera de las materias primas demuestran que países débiles, o que se cree débiles, pueden de repente volverse poderosos.

81. Por otra parte, el Sr. Reuter comprueba que nadie ha dicho hasta ahora que las normas que hay que elaborar deban ser imperativas y absolutas: lo habría hecho él mismo si hubiese tenido tiempo de presentar observaciones a

propósito del artículo 28. Ahora bien, en todos los casos la más poderosa de las dos partes es la que decidirá si hay inmunidad o no, si sus tribunales son competentes y, por consiguiente, si es su derecho el aplicable. El Sr. Reuter teme a este respecto que el texto que se adopte finalmente, por efecto del número o de la influencia política, tanto en la Comisión como en la Sexta Comisión de la Asamblea General, sea muy poco satisfactorio. Las verdaderas normas de derecho internacional son normas comunes, como las elaboradas en el marco del CAME o de la CEE. Sean cuales fueren las reservas que se puedan hacer con respecto al arbitraje internacional y las dificultades que pueda plantear, indica la vía que hay que seguir, pues en el futuro prevalecerá una verdadera legislación internacional común. Sería conveniente que la Comisión reanudase el examen del tema sobre otras bases lo antes posible.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

2120.ª SESIÓN

Viernes 16 de junio de 1989, a las 10 horas

Presidente: Sr. Bernhard GRAEFRATH

Miembros presentes: Príncipe Ajibola, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Francis, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, 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. BENNOUNA dice que las deliberaciones sobre el tema en estudio le hacen pensar en el debate doctrinal clásico sobre si los principios generales del derecho internacional «reconocidos por las naciones civilizadas» se derivan del derecho interno o del derecho internacional. Siempre es un error considerar el derecho interno y el derecho internacional como dos esferas distintas y estrictamente separadas. De hecho, se interpretan y enriquecen

continuamente una a otra. En el caso particular de las inmunidades jurisdiccionales, no cabe duda de que la inmunidad se concede o se deniega sobre la base de las jurisdicciones internas de los Estados, pero al aplicar su derecho interno los Estados también tienen en cuenta algunas normas internacionales. En el proyecto no debe tratarse de imponer normas estrictas y uniformes, sino que hay que limitarse a establecer directrices generales. La aprobación del proyecto de convención supondría no el final del proceso dialéctico en curso entre derecho interno y derecho internacional, sino simplemente la terminación de una determinada etapa dentro de ese proceso. Como el orador ha sugerido (2117.ª sesión) al hablar acerca de los artículos 1 a 11, el proyecto debería incluir una cláusula que previera su revisión transcurrido un período de cinco o diez años. Esto pondría de manifiesto que el texto no pretende ser definitivo y puede modificarse o complementarse a su debido tiempo. Este enfoque haría más fácil llegar a un acuerdo y contribuiría a superar la actitud algo pesimista que percibe en algunas de las observaciones de los miembros.

2. En cuanto al artículo 12, está de acuerdo con las recomendaciones formuladas por el Relator Especial en su informe preliminar (A/CN.4/415, párrs. 131 a 133). Los problemas relacionados con el artículo 13 son más complejos. Varios gobiernos han señalado que la cuestión de las lesiones a las personas y los daños a los bienes se rige por normas relativas a la responsabilidad del Estado y está fuera de lugar en el presente proyecto. El nuevo párrafo 2 propuesto por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 143) no resuelve adecuadamente ese problema y por consiguiente el orador se opone a él. Por otra parte, teme que la supresión de la frase «y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión» amplíe aún más el alcance del artículo. La frase debe mantenerse. En realidad, el artículo en su conjunto requiere un examen más a fondo por parte de la Comisión.

3. Está de acuerdo con las recomendaciones del Relator Especial con respecto a los artículos 14 y 18 y señala que no propone enmiendas a los artículos 15, 16 y 17.

4. Con respecto a las expresiones alternativas que figuran entre corchetes en el artículo 19, el concepto de «contrato mercantil» se define con suficiente amplitud en el artículo 2, relativo a los términos empleados, y debe utilizarse de manera coherente en todo el texto para evitar confusiones.

5. El orador se une a los demás miembros que han discutido la necesidad de mantener el artículo 20 en el proyecto; no obstante, si la Comisión decide mantenerlo, conviene con el Sr. Calero Rodrigues (2119.ª sesión) en que el artículo está fuera de lugar en la parte III y debe transferirse a la parte I como cláusula de salvaguardia.

6. Con respecto a la parte IV del proyecto, la supresión de la frase «o de aquellos en que tenga un interés jurídicamente protegido» en el artículo 21, recomendada por el Relator Especial de acuerdo con las opiniones de varios gobiernos, no resolvería el problema de los bienes del tipo previsto. Hay que reconocer que la expresión «interés jurídicamente protegido» no es del todo satisfactoria, y el orador sugeriría que se sustituyera por una referencia a los bienes en que el Estado tiene un derecho *in rem*. Podría hacerse lo mismo en el artículo 22. La propuesta supresión de las palabras «no gubernamental» en el apartado a del

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.