

## DOCUMENTO A/CN.4/371

### Memorando presentado por el Sr. Nikolai A. Ushakov

[Original: ruso]  
[11 de mayo de 1983]

La aportación de la Comisión de Derecho Internacional a la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional ha sido considerable. Como se desprende de una experiencia de muchos años, las tareas encomendadas a la Comisión requieren, para ser llevadas a buen término, un análisis minucioso y completo de los problemas que se plantean y la determinación de las normas universalmente reconocidas de derecho internacional que pueden ser codificadas basándose en la práctica internacional de los Estados, las decisiones de los órganos judiciales internacionales y la doctrina jurídica internacional. Es indispensable también tomar debidamente en cuenta los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo, en especial los principios incorporados en la Carta de las Naciones Unidas, ya que éstos tienen en su mayor parte carácter imperativo.

Lo que antecede se aplica también, por supuesto, al tema de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, puesto que las cuestiones que se estudian en relación con este tema afectan al fundamento mismo del derecho internacional.

Entre 1979 y 1982, el Relator Especial, Sr. Sucharitkul, presentó a la Comisión cuatro informes en los que se esforzaba por aplicar el método habitual de la Comisión, antes descrito, al problema objeto de estudio. Dichos informes presentan un interés considerable y contienen abundantes datos.

No obstante, varias de las conclusiones del Relator Especial no nos parecen fundadas. Así ocurre, concretamente, con su opinión acerca de la supuesta aparición de una tendencia general favorable al concepto de una inmunidad «limitada» o «funcional» del Estado.

Este concepto o teoría contradice los principios básicos del derecho internacional y es rechazada por muchos Estados, como reiteradamente hemos señalado a la atención de los miembros de la Comisión en nuestras intervenciones. A nuestro juicio, por consiguiente, no puede servir de base a la codificación de las normas relativas a la inmunidad de los Estados y de sus bienes. Esta opinión se basa en el siguiente razonamiento.

---

<sup>1</sup>Informe preliminar: *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), pág. 233, documento A/CN.4/323; segundo informe: *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 209, documento A/CN.4/331 y Add.1; tercer informe: *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 137, documento A/CN.4/340 y Add.1; cuarto informe: *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), pág. 245, documento A/CN.4/357.

#### I

1. El principio de la inmunidad de los Estados respecto de la jurisdicción extranjera es un principio de derecho internacional universalmente reconocido. Esta noción ha arraigado tan firmemente en el ordenamiento jurídico internacional que ha sido reconocida sin reservas por todos los Estados sin excepción, en particular en la práctica de sus órganos judiciales, y también por la doctrina de derecho internacional de todos los países sin excepción.

Incluso los Estados que se han adherido hace poco a la teoría de la «inmunidad funcional» reconocen y afirman el principio de la inmunidad de los Estados respecto de la jurisdicción extranjera. Cuando aplican la teoría de la «inmunidad funcional», la renuncia a la inmunidad se basa en el hecho de que en el caso considerado el Estado supuestamente no actuó como tal (como titular soberano de la potestad estatal), sino como particular.

2. También se reconoce de modo universal e incuestionable que la inmunidad de los Estados se basa en principios fundamentales del derecho internacional, en especial los principios de la soberanía y la igualdad soberana de los Estados.

De la soberanía del Estado como atributo inalienable de todo Estado, de la igualdad soberana de los Estados y su independencia recíproca se desprende incontestablemente que ningún Estado puede ejercer su jurisdicción, es decir, su potestad, sobre otros Estados. Esto es lo que se entiende en derecho internacional por el principio de la inmunidad de los Estados, cuya esencia es precisamente la no subordinación de un Estado a la potestad de otro Estado.

Así pues, la inmunidad del Estado existe como consecuencia de su soberanía durante todo el tiempo en que el Estado sigue siendo soberano. No depende de ninguna condición o circunstancia transitoria, incluido el ejercicio de las funciones estatales.

3. En el contexto del principio de la inmunidad de los Estados respecto de la jurisdicción extranjera, el término «jurisdicción» significa, a nuestro juicio, la esfera de la potestad soberana del Estado: legislativa, ejecutiva, judicial o de otra índole. Tal es también el sentido en que ese término se utiliza en la mayoría de los convenios internacionales multilaterales.

El principio de la inmunidad de los Estados respecto de la jurisdicción extranjera es actualmente uno de los principios en que se basan muchas convenciones multilaterales de codificación relativas a distintas esferas de las relaciones internacionales. Y todas ellas están, en cierto modo, relacionadas entre sí.

4. En esta etapa de sus trabajos, la Comisión ha decidido limitar su labor a «la inmunidad de un Estado y de sus bienes respecto de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado», es decir, a la inmunidad judicial de los Estados, limitación que es totalmente admisible. Sin embargo, la Comisión no puede hacer caso omiso del modo en que se resuelve este problema en las convenciones existentes.

En particular, el artículo 31 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961<sup>2</sup>, dispone que el agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa en todos los casos en que actúe en nombre del Estado acreditante. Dicho de otro modo, la Convención parte del principio de la plena inmunidad del Estado, especialmente con respecto a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado. En otras convenciones figuran disposiciones análogas, que son bien conocidas.

Al mencionar esos instrumentos jurídicos deseamos subrayar que el principio de la inmunidad de los Estados no se presta a aplicaciones o interpretaciones divergentes.

## II

5. Como ya hemos señalado, el principio de la inmunidad de los Estados es incontestablemente un principio de derecho internacional universalmente reconocido que expresa y afirma la soberanía de los Estados en las relaciones internacionales.

Sin embargo, hay quien se pregunta a veces si la concesión de la inmunidad a un Estado extranjero no se traduce en una limitación de la soberanía del Estado que la concede. El Relator Especial también ha planteado esta cuestión con respecto a la inmunidad judicial de los Estados.

Ahora bien, esta cuestión no puede ser planteada más que basándose en el concepto de la denominada «soberanía absoluta», defendido en el pasado por ciertos traductistas que partían de la idea de que un Estado no está sujeto a ninguna obligación en sus relaciones con otros Estados y establece el orden de sus relaciones con los otros Estados exclusivamente como estima oportuno.

Este punto de vista sobre la soberanía lleva lógicamente a la conclusión de que un solo Estado puede ser reconocido como soberano, puesto que la soberanía de cualquier otro Estado, por el mero hecho de su existencia, supone una limitación de la soberanía absoluta de aquél.

De hecho, este concepto supone reconocer sólo la soberanía del Estado más poderoso, reducir el concepto de soberanía a relaciones de fuerza y negar la soberanía de todos los demás Estados.

6. En realidad, la soberanía de los Estados se considera como un atributo inalienable de todo Estado. El límite de la verdadera soberanía está en la soberanía de todos los demás Estados. Las obligaciones internacionales contraídas con carácter voluntario y recíproco por los Estados de respetar la soberanía de los demás Estados, en especial la obligación de todo Estado de respetar la inmunidad de los demás Estados dentro de la esfera de su jurisdicción, no constituyen una limitación de la soberanía, sino una afirmación de ella como principio universal fundamental de las relaciones internacionales.

Por esto precisamente es por lo que la estricta observancia del principio de la inmunidad de los Estados respecto de la jurisdicción extranjera es tan importante para garantizar el respeto de la soberanía de todos los Estados considerados en su conjunto o individualmente.

Cada Estado, al respetar la inmunidad de los demás Estados, cuenta con que éstos respetarán su propia inmunidad.

7. Conviene señalar también que la inmunidad respecto de la jurisdicción extranjera no significa en absoluto que el Estado que goza de inmunidad puede hacer caso omiso de la legislación de otro Estado dentro de la esfera de jurisdicción de este último. Por el contrario, está obligado rigurosamente a respetar el derecho interno del otro Estado. En especial, sólo puede realizar en la esfera de jurisdicción de otro Estado los actos autorizados por éste. Cada Estado también está sujeto a la obligación de no inmiscuirse en los asuntos internos del otro Estado.

## III

8. Como hemos indicado anteriormente, todos los Estados sin excepción, así como la doctrina de derecho internacional de todos los países, reconocen sin reservas el principio de la inmunidad de los Estados respecto de la jurisdicción extranjera.

9. Sin embargo, algunos Estados, por medio de sus órganos judiciales, han empezado a basar su actuación en ciertos casos, especialmente en los últimos decenios, en el concepto de la denominada «inmunidad funcional». La esencia de este concepto radica en la afirmación de que el Estado, según las funciones que desempeñe, puede actuar con diferentes capacidades y, en consecuencia, puede gozar o no de inmunidad. A esta teoría se la llama también teoría de la inmunidad «limitada» o «relativa».

En los últimos años ciertos Estados han adoptado asimismo disposiciones legislativas basadas en este concepto. Esto evidentemente se aplica, en especial, a la Ley de los Estados Unidos de 1976 sobre la inmunidad de los Estados extranjeros<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 500, pág. 162.

<sup>3</sup> *United States Code, 1976 Edition*, vol. 8, título 28, cap. 97, pág. 206.

10. De acuerdo con el concepto de la «inmunidad funcional», es menester trazar una distinción entre los actos del Estado que son manifestación de prerrogativas del poder público o estatal (*jure imperii*) y los actos del Estado de carácter privado o mercantil (*jure gestionis*). En otras palabras, se trata de distinguir entre la actividad del Estado de «derecho público» y la actividad del Estado de «derecho privado».

No obstante, este concepto es claramente erróneo por muchos motivos.

11. En primer lugar, no está en consonancia con el derecho internacional moderno, que parte de la soberanía y la igualdad soberana de los Estados en todas las esferas de sus relaciones mutuas: políticas, económicas (comercio), sociales, científicas, técnicas, culturales y de otro orden. En sus relaciones exteriores, el Estado actúa siempre con *imperium* (potestad pública), es decir, como titular del poder público o estatal.

12. El Estado es uno, una entidad que no puede dividirse, y el poder del Estado participa de esa misma unidad. Todos los órganos y misiones del Estado actúan en ejercicio de la potestad pública dentro de los límites de sus respectivos derechos y obligaciones establecidos por el Estado. Ningún órgano determinado del Estado puede ser excluido del sistema general ni considerado aisladamente de otros órganos o en oposición a éstos. La competencia conjunta de los órganos del Estado comprende todos los poderes necesarios para el desempeño de las funciones estatales.

Por último, las misiones comerciales de un Estado, si las hubiere, actúan en nombre del Estado como cualquier otro de sus órganos y gozan de inmunidad respecto de la jurisdicción extranjera.

La actividad o función económica estatal, en particular la denominada actividad mercantil o comercial del Estado, no es menos importante para cualquier Estado, incluidos los Estados de economía capitalista, que sus otras funciones. El Estado no realiza actividades económicas en calidad de particular, sino precisamente como Estado, como titular soberano del poder público.

En la actualidad, la economía de cualquier país comprende un sector estatal. En los países socialistas, el sector estatal de la economía nacional es preponderante. Para esos Estados, la función económica del Estado (a la que se califica en la URSS de función económica y organizativa) se ha convertido en una de las más importantes. En muchos Estados de reciente independencia que se han sacudido el yugo colonial, el sector estatal de la economía se extiende cada vez más.

No hay, pues, ningún motivo para singularizar la denominada actividad comercial del Estado y tratarla por separado como si fuera algo que no guardase relación con la actividad estatal.

13. Lo mismo cabe decir, con idéntica certidumbre, de la separación de la actividad del Estado en actividades de derecho público y de derecho privado respectivamente.

En lo que concierne a los países socialistas, hablar de sus actividades de «derecho privado» no tiene ningún sentido.

Aun en el caso de los Estados capitalistas no hay normas o criterios en los que sea posible basarse para separar las actividades de derecho público y de derecho privado del Estado. Esta es la causa de que la práctica de los tribunales de los Estados que intentan aplicar la teoría de la inmunidad funcional sea muy variable, contradictoria e incoherente.

14. 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.

15. Finalmente, ciertas interpretaciones del concepto de la inmunidad funcional asimilan el Estado a las personas naturales, aunque al mismo tiempo niegan la inmunidad del Estado respecto de actos que se afirma pueden realizar los particulares. Pero esto es también radicalmente erróneo.

Al realizar una transacción de derecho civil, el Estado no actúa como persona jurídica sino como sujeto especial de derecho civil. En tal supuesto, el Estado no actúa en provecho personal de un particular sino en interés del Estado, del desarrollo económico y social de su sociedad, de su pueblo. No tiene, pues, ningún fundamento asimilar los actos del Estado con actos de personas jurídicas.

16. Por consiguiente, la teoría de la «inmunidad funcional» es, a nuestro juicio, claramente errónea. Su fin es la subordinación de un Estado a la potestad judicial de otro Estado, algo que contradice radicalmente los principios de la soberanía y la igualdad soberana de los Estados y de la no injerencia en sus asuntos internos y externos.

#### IV

17. Por otra parte, la posición de los Estados no aparece en nuestra opinión correctamente reflejada o interpretada en los informes del Relator Especial.

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

Así, de los 29 Estados que, atendiendo la petición de la Comisión, respondieron al cuestionario que se les había enviado<sup>4</sup>, 14 conceden plena inmunidad y cuatro no cuentan con unas leyes o una práctica en esa esfera.

Lo mismo se deduce de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General sobre las sec-

<sup>4</sup> Naciones Unidas, *Documentation concernant les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens* (N.º de venta: E/F.81.V.10), págs. 555 y ss., secc. V.

ciones pertinentes de los informes de la Comisión de Derecho Internacional, los cuales demuestran que un amplio grupo de Estados se opone a dicho concepto.

18. Como hemos señalado en la Comisión, sólo cabe remitirse a la práctica judicial de ciertos Estados en los casos en que el Estado cuya inmunidad no sea reconocida por el tribunal asiente a ello. Tenemos entendido que, en la mayoría de los casos, los Estados han formulado protestas a este respecto. Sea como fuere, la reacción de los Estados frente a las decisiones de los tribunales no se menciona en los informes del Relator Especial.

19. El Relator Especial está claramente equivocado, en particular, cuando interpreta la práctica de la URSS y de otros países socialistas en materia de tratados como una práctica que supuestamente corrobora el hecho de que la inmunidad no se aplica a la actividad comercial del Estado.

La práctica de la URSS en materia de tratados es prueba de todo lo contrario. De conformidad con muchos tratados de comercio, la URSS ha consentido voluntariamente en que sus misiones comerciales se sometan a la jurisdicción de los tribunales extranjeros en relación con las transacciones concertadas o garantizadas por la misión comercial en el país correspondiente. Ahora bien, las misiones comerciales de la URSS gozan, en lo que exceda de los límites del mencionado consentimiento voluntario, de la inmunidad respecto de la jurisdicción de los tribunales extranjeros a la que tienen derecho como órganos del Estado.

Asimismo, de una manera general, desde el decenio de 1930, la Unión Soviética no ha realizado en la práctica transacciones comerciales con personas naturales o jurídicas extranjeras. Tales transacciones son concertadas por asociaciones de comercio exterior soviéticas y otras personas jurídicas de derecho nacional que, como tales, no gozan de inmunidad respecto de la jurisdicción extranjera.

20. Así pues, la posición y la práctica de los Estados no es en absoluto inequívoca. No cabe deducir de ellas ninguna conclusión respecto de lo que se afirma que constituye una tendencia naciente a favor del concepto de la inmunidad limitada. Esta cuestión requiere, cuando menos, un nuevo estudio más detenido.

## V

21. La apreciación del Relator Especial de que la doctrina contemporánea, es decir, los tratadistas hoy vivos, no cuenta con ningún partidario de la inmunidad absoluta o plena de los Estados y de que la opinión de los juristas es universalmente favorable a la limitación de la inmunidad de los Estados en lo que concierne a su actividad mercantil o comercial también es errónea.

22. Ante todo, la doctrina soviética de derecho internacional está firme y unánimemente a favor de la plena inmunidad del Estado respecto de la jurisdicción extranjera por razón de la soberanía, la independencia y la igualdad de los Estados. El concepto de la inmunidad

funcional y otras teorías de la inmunidad limitada son objeto de profunda crítica que ponen de manifiesto la falsedad de su fundamento teórico. Por nuestra parte hemos dedicado alguna atención a este tema en una obra, publicada en 1963<sup>5</sup>. Tenemos entendido que la situación es la misma en la doctrina del derecho internacional de otros países socialistas.

23. Los internacionalistas de los países occidentales también distan de mostrarse unánimes sobre este punto. Muchos tratadistas occidentales se han opuesto o se oponen todavía en sus escritos al concepto de la inmunidad funcional y otras teorías de la soberanía limitada. Permítaseme aducir un solo ejemplo, la obra de Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*<sup>6</sup>.

Tras referirse a algunos de los argumentos aducidos por los partidarios del concepto de la inmunidad limitada, Brownlie afirma:

Estos argumentos no carecen totalmente de peso, pero un examen más atento permite advertir que son en diverso grado poco convincentes. En primer lugar, el planteamiento adoptado por muchos juristas con respecto al «soberano en el mercado» se basa en concepciones relativas a la función del Estado y la significación de la propiedad estatal que no son aplicables ni siquiera a muchas economías capitalistas modernas. Este aspecto político es la causa de que sea difícil encontrar una justificación para un principio restrictivo; como se ha señalado, la actividad económica del Estado sigue siendo una actividad estatal. En realidad, desde este punto de vista, sería más lógico suprimir la inmunidad<sup>7</sup>.

Un poco más lejos, ese tratadista escribe:

Ni la prueba de la práctica de los Estados ni los argumentos basados en consideraciones de principio justifican la sustitución del principio más amplio de la inmunidad por algún otro principio y, de hecho, la búsqueda de otro camino no ha dado resultado hasta ahora<sup>8</sup>.

Esta es la situación en lo que respecta a la doctrina jurídica.

## VI

24. Es bastante obvio que las tentativas de subordinación de un Estado a la potestad judicial de otro Estado no conducen más que a contradicciones y fricciones innecesarias entre los Estados. Al mismo tiempo, el respeto de la inmunidad de los Estados extranjeros no constituye en absoluto un obstáculo para el desarrollo de relaciones comerciales internacionales mutuamente ventajosas, en particular entre Estados con sistemas sociales diferentes.

25. Todo Estado tiene la posibilidad de proteger debidamente sus intereses, en especial en la esfera de la jurisdicción de sus tribunales.

En primer lugar, un Estado puede prohibir que las personas físicas o jurídicas a él sujetas concierten transacciones con Estados extranjeros.

<sup>5</sup> N. A. Ushakov, *Suverenitet v sovremennom mezhdunarodnom prave* [Soberanía en el derecho internacional contemporáneo], Moscú, 1963, Instituto de Relaciones Internacionales.

<sup>6</sup> 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1973.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pág. 325.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pág. 326.

En segundo lugar, un Estado puede obtener por tratado el consentimiento de otro Estado para someterse a la jurisdicción nacional en una determinada categoría de cuestiones.

En tercer lugar, el Estado puede disponer que las personas físicas o jurídicas a él sujetas sólo podrán realizar transacciones a condición de que sus contratos con un Estado extranjero incluyan una cláusula relativa a la solución de litigios por vía judicial o de arbitraje comercial.

El Estado se reserva el derecho de ejercer la protección diplomática de sus nacionales, personas físicas o

jurídicas, en los casos pertinentes. Existen también otras posibilidades.

## VII

26. De lo anteriormente expuesto se deduce que una codificación basada en los conceptos de la soberanía limitada sería claramente errónea e infructuosa.

Este problema requiere, cuando menos, un nuevo estudio más detenido.