

de vista de los oradores que le han precedido acerca de la necesidad de que la Comisión sea muy prudente y comedida en sus propuestas. La Comisión debe recordar que no es un órgano de decisión y limitarse a señalar a la Asamblea General ciertos extremos. El Sr. Quentin-Baxter preconiza, por lo tanto, que se apruebe una recomendación encaminada a que se convoque una conferencia de plenipotenciarios para examinar el proyecto de artículos, precisando que se trata de un caso muy especial. La Asamblea General quizá desee tomar en cuenta el interés especial que reviste para las organizaciones intergubernamentales el tratado al que debería dar origen el proyecto de artículos. También convendría indicar que las Naciones Unidas deben esforzarse por lograr que las organizaciones intergubernamentales comuniquen sus reacciones con respecto al proyecto.

47. La cuestión de la participación plantea algunos problemas muy reales. La representación de los Estados en la conferencia propuesta debe ser adecuada. Desde luego, los Estados no estarán representados en la conferencia como lo estuvieron en los dos períodos de sesiones de la Conferencia sobre el derecho de los tratados. En su opinión, existe el riesgo no solamente de que los Estados sean menos numerosos que las organizaciones intergubernamentales, sino también de que queden eclipsados por éstas. Otra cuestión es la de la participación de las organizaciones intergubernamentales en el futuro tratado. A este respecto, el Sr. Quentin-Baxter dice que espera que las organizaciones que no manifiesten el deseo de quedar obligadas por el tratado no sean automáticamente consideradas libres de toda obligación en virtud del mismo. Tal precedente sería muy enojoso para el futuro. En conclusión, el Sr. Quentin-Baxter se suma a la propuesta de remitir a una conferencia de plenipotenciarios el proyecto de artículos, que no es menos digno de este trato que los anteriores proyectos relativos al derecho de los tratados.

48. El Sr. CALERO RODRIGUES apoya la propuesta de que el proyecto de artículos se remita a una conferencia de plenipotenciarios y considera también que es preciso ser prudente en lo que respecta a la participación en la conferencia. Por supuesto, no es seguro que se acepte la recomendación de la Comisión relativa a la celebración de la conferencia. Actualmente los Estados se muestran un tanto reacios a convocar conferencias porque consideran que ya hay demasiadas. Por lo tanto, el Sr. Calero Rodrigues opina que la Comisión no sobrepasaría su mandato si añadiese a la recomendación una observación indicando que, a causa del carácter del proyecto, se debería permitir participar en la conferencia a las organizaciones intergubernamentales que gocen de capacidad para celebrar tratados. Desde luego, la Comisión no tiene necesidad de entrar en detalles en lo que respecta, por ejemplo, a la cuestión de las invitaciones.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

1728.ª SESIÓN

Miércoles 16 de junio de 1982, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Paul REUTER

Cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales (continuación) [A/CN.4/341 y Add.1¹, A/CN.4/350 y Add.1 a 11, A/CN.4/353, A/CN.4/L.339, ILC(XXXIV)/Conf.Room Doc.1 y 2]

[Tema 2 del programa]

PROYECTO DE ARTÍCULOS APROBADO
POR LA COMISIÓN:
SEGUNDA LECTURA² (conclusión)

RECOMENDACIÓN QUE SE DIRIGIRÁ A LA ASAMBLEA GENERAL (conclusión)

1. El PRESIDENTE, tomando la palabra en calidad de Relator Especial, saca las siguientes conclusiones del intercambio de opiniones que tuvo lugar en la sesión anterior sobre esta cuestión. En la recomendación que la Comisión hará a la Asamblea General en cuanto al destino final del proyecto de artículos sobre los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, en primer lugar indicará en una parte dispositiva clara y concisa la opción que ha elegido entre las cuatro que se enuncian en el párrafo 1 del artículo 23 de su Estatuto, y en segundo lugar justificará la elección que ha efectuado.
2. En cuanto a esa parte dispositiva, los miembros de la Comisión han sido unánimes en estimar que la Comisión debe recomendar a la Asamblea General que convoque una conferencia con miras a celebrar una convención. En cuanto a la justificación de esa elección, un miembro de la Comisión ha estimado que era importante enunciar todas las consideraciones que se han tenido en cuenta. Sin embargo, como Relator Especial —y como Presidente—, estima que la exposición de los motivos debería ser sencilla y concisa, habida cuenta de la tradición de la Comisión y sobre todo de la posición adoptada anteriormente por la misma Asamblea General, que ha celebrado conferencias para consagrar el resultado de los trabajos de la Comisión sobre el derecho de los tratados, la sucesión de Estados en materia de tratados y la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones

¹ Reproducido en *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte).

² El proyecto de artículos (arts. 1 a 80 y anexo) aprobado en primera lectura por la Comisión en su 32.º período de sesiones figura en *Anuario... 1980*, vol II (segunda parte), págs. 63 y ss. Los proyectos de artículos 1 a 26 aprobados en segunda lectura por la Comisión en su 33.º período de sesiones figuran en *Anuario... 1981*, volumen II (segunda parte), págs. 125 y ss.

internacionales de carácter universal. Así pues, la Comisión recomendaría la convocación de una conferencia, quedando entendido evidentemente que no tiene que examinar los muchos problemas que puedan plantearse a este respecto y que son de la competencia exclusiva de la Asamblea General y quedando entendido también que la Asamblea podría, precisamente a causa de esos problemas, verse obligada a tomar otra decisión.

3. De todas maneras, la Asamblea General deberá decidir la forma en que el proyecto de artículos podrá obligar a las organizaciones internacionales —y una convención obligará necesariamente a las organizaciones internacionales— así como las modalidades de la participación de las organizaciones internacionales en los trabajos de la conferencia. En cuanto a la primera cuestión, las organizaciones internacionales podrían estar obligadas por el proyecto de artículos pasando a ser parte plenamente en el instrumento que se emita o por medio de un organismo parecido al que se prevé en la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados³ o incluso de otra manera. Pero es ésta una cuestión política, que asimismo es sólo de la competencia de la Asamblea General. En cuanto a la cuestión de qué organizaciones internacionales participarán en la conferencia y con qué carácter —*ipso jure*, en virtud de un estatuto especial, etcétera—, una vez más la Comisión se remite a la Asamblea General que, sin duda alguna, encontrará la solución oportuna.

4. El intercambio de opiniones se ha referido también al establecimiento de un anteproyecto de recomendación y se ha dejado al Relator Especial la tarea de apreciar si debía establecerlo solo o someterlo ya sea a un grupo, a algunos miembros de la Comisión o al Comité de Redacción. El Relator Especial piensa elaborar este texto a la mayor brevedad y someterlo a la consideración de varios miembros de la Comisión, si no a todos los miembros. Pero no es necesario resolver esta cuestión en la sesión actual. Cuando el texto esté preparado, el Presidente en cuanto tal consultará a la Comisión para saber si desea examinarlo antes del conjunto de su proyecto de informe sobre la labor realizada en su 34.º periodo de sesiones, si desea simplemente remitirlo al Comité de Redacción o si opta por otro procedimiento.

5. El PRESIDENTE declara que, de no haber objeciones, considerará que la Comisión decide aceptar las propuestas que ha hecho en calidad de Relator Especial.

*Así queda acordado*⁴

6. El PRESIDENTE comprueba que el conjunto del proyecto de artículos sobre los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, incluido el Anexo, ha sido examinado y remitido al Comité de Redacción.

³ Naciones Unidas, *Recueil des Traités* vol 33, pag 329

⁴ Para las deliberaciones de la Comisión y la decisión adoptada acerca de la recomendación a la Asamblea General, vease 1748.ª sesión, párrs 3 a 5

Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (continuación *) [A/CN.4/340 y Add.1⁵, A/CN.4/343 y Add.1 a 4⁶, A/CN.4/357, A/CN.4/L.337, A/CN.4/L.339, ILC(XXXIV)/Conf.Room Doc.3]

[Tema 6 del programa]

PROYECTO DE ARTICULOS
PRESENTADO POR EL RELATOR ESPECIAL⁷
(continuación)

ARTICULO 11 (Ambito de aplicación de la presente parte) y

ARTICULO 12 (Actividad mercantil o comercial)

7. El PRESIDENTE invita a la Comisión a que examine los proyectos de artículos 11 y 12 presentados por el Relator Especial en su cuarto informe (A/CN.4/357, párrs 29 y 121), que dicen lo siguiente:

Artículo 11.—Ambito de aplicación de la presente parte

A reserva de lo dispuesto en los siguientes artículos de esta parte, se harán efectivos los principios generales de inmunidad del Estado contenidos en la parte II de los presentes artículos.

Artículo 12.—Actividad mercantil o comercial

1. A falta de acuerdo en contrario, ningún Estado gozará de inmunidad de la jurisdicción de otro Estado con respecto a los procedimientos relacionados con una actividad mercantil o comercial que haya llevado a cabo parcial o íntegramente en el territorio de ese otro Estado, si se trata de una actividad que puedan realizar en el personas o entidades privadas.

2. El párrafo 1 no se aplica a las transacciones realizadas entre Estados ni a los contratos celebrados entre gobiernos.

8. El Sr MALEK estima, como otros miembros de la Comisión, que el artículo 11 en su redacción actual constituye una duplicación de otros artículos, en particular del artículo 6. Recuerda haber declarado en la 1709.ª sesión que este último artículo enuncia la norma de la inmunidad de los Estados, pero subordinándola a las condiciones previstas en los demás artículos del proyecto. Además, según el artículo 6, la inmunidad sólo podría concebirse en los límites prescritos por las diversas disposiciones del proyecto, incluidas las que constituyen la parte III, titulada «Excepciones a las inmunidades de los Estados». Ahora bien, el artículo 11 enuncia la misma regla en términos ligeramente diferentes, ya que estipula que se harán efectivos los principios generales contenidos en la parte II del proyecto dentro de los límites previstos en la par-

* Reanudación de los trabajos de la 1718.ª sesión

⁵ Reproducido en *Anuario 1981* vol II (primera parte)

⁶ Reproducido en el volumen de la Serie legislativa de las Naciones Unidas titulado *Documentation concernant les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta E/F 81 V 10)

⁷ El texto de los proyectos de artículos que constituyen las partes I y II del proyecto ha sido reproducido de la manera siguiente: a) artículo 1 y correspondiente comentario, aprobados provisionalmente por la Comisión *Anuario 1980* vol II (segunda parte), págs 138 y 139, b) artículos 2 a 5 *Anuario 1981* vol II (segunda parte), pag 161, notas 655 a 658, c) artículo 6 y correspondiente comentario, aprobados provisionalmente por la Comisión *Anuario 1980* vol II (segunda parte), págs 139 y ss, d) artículos 7 a 10, revisados en el 33.º periodo de sesiones de la Comisión *Anuario 1981* vol II (segunda parte), pag 165, notas 668 a 671

te III. No parece que haya grandes inconvenientes en mantener el artículo 11, pero, tal como está redactado, parece más bien introducir la parte II que la parte III. Si se le debe mantener en la parte III, habría que modificarlo en consecuencia.

9. En lo que se refiere al párrafo 1 del artículo 12, el Sr. Malek se pregunta si las palabras « si se trata de una actividad que puedan realizar en él personas o entidades privadas » no deberían figurar más bien en el artículo 2, que se refiere a los « términos utilizados ». En efecto, es dudoso que tal precisión tenga su lugar en un artículo de fondo. De todas maneras, en la versión francesa, la palabra « telle » no es apropiada en un texto jurídico de este tipo y sería conveniente quizá sustituirla por la expresión « de nature à ». En el párrafo 2, el empleo del término « Estados » en la expresión « transacciones realizadas entre Estados » y de la palabra « gobiernos » en la expresión « los contratos celebrados entre gobiernos » no parecen muy afortunados, aunque en este contexto se justifique la distinción entre las nociones de « Estados » y « gobiernos ».

10. El Sr. RAZAFINDRALAMBO subraya que, al abordar el examen de la parte III del proyecto de artículos que se refiere a las excepciones a las inmunidades de los Estados, la Comisión se encuentra una vez más frente a problemas relacionados con el alcance de la norma de la inmunidad y a la necesidad de mantener un equilibrio entre la soberanía del Estado territorial y la soberanía del Estado extranjero. Estos problemas revisten, en efecto, una importancia cada vez mayor debido a la adhesión a la independencia de nuevos Estados, cuyos intereses políticos y económicos aparentemente están sometidos a exigencias contradictorias: los intereses políticos exigen una confirmación neta de la soberanía y de su corolario, la inmunidad, y los intereses económicos incitan a una flexibilidad en la norma de la inmunidad, para tener en cuenta la evolución hacia una limitación de la inmunidad que se manifiesta en los países industrializados proveedores de capitales. Los nuevos Estados han tenido que plegarse a los esfuerzos que tienden a ampliar el ámbito de aplicación de las excepciones a la inmunidad a las necesidades del comercio y del desarrollo de dos formas: en primer lugar, renunciando a la inmunidad mediante cláusulas de atribución de jurisdicción incluidas sistemáticamente en los contratos celebrados con asociados extranjeros en la esfera financiera, comercial o industrial y que tienen por objeto inhibir todo recurso jurisdiccional interno; y, en segundo lugar, admitiendo cada vez más la distinción, que ha pasado a ser clásica en los países industrializados, entre actos de poder público y actos de gestión privada, o cualquier otra distinción análoga.

11. De hecho, el cuarto informe (A/CN.4/357) y el proyecto de artículos presentados por el Relator Especial descansan en esta distinción y es difícil no aprobar, en principio, el método seguido por el Relator Especial, que dedica la parte III de su proyecto de artículos a las excepciones a la inmunidad de los Estados. No obstante, el Sr. Razafindralambo se pregunta, como otros miembros de la Comisión, y en último lugar el Sr. Malek, si el artículo 11 no es una duplica-

ción del artículo 6, en particular de su párrafo 2. Una disposición que sirviera de introducción a la parte III es ciertamente útil a condición de que esta parte se dedique a más de una excepción, en cuyo caso habría que introducir las excepciones de una manera directa mediante una fórmula como « ningún Estado gozará de inmunidad de la jurisdicción de otro Estado en los casos enunciados en los artículos siguientes », a semejanza de las leyes del Reino Unido y de los Estados Unidos de América sobre la inmunidad⁸. De todos modos, el artículo 11 empieza por una reserva cuyo significado no parece muy claro. En efecto, la expresión « A reserva de lo dispuesto en los siguientes artículos de esta parte » parece referirse al artículo 12, que estipula que « A falta de acuerdo en contrario [...] », lo que hace superflua la reserva formulada al principio del artículo 11.

12. El artículo 12, que debe examinarse teniendo en cuenta los artículos 2 y 3, señala dos condiciones a la excepción a la inmunidad: es necesario que el Estado realice una actividad comercial y que se trate de una actividad que puedan realizar personas o entidades privadas. La expresión « actividad mercantil o comercial » se define en el apartado f del párrafo 1 del artículo 2 como el desarrollo ordinario de un comercio o una determinada transacción o acto comercial y esta definición se encuentra precisada en la disposición interpretativa del párrafo 2 del artículo 3, según la cual el carácter comercial de una actividad mercantil o comercial se determinará por la naturaleza de la ocupación o de la transacción o acto determinado y no por la finalidad de éste. Pero desgraciadamente esas aclaraciones no resuelven todos los problemas. En efecto, cabe preguntarse qué se entiende por « naturaleza de la ocupación ». El derecho malgache, que sigue en ello al derecho francés, enumera una serie de actos considerados comerciales por naturaleza, así como algunas actividades no previstas en el Código de Comercio. De la jurisprudencia se desprenden dos criterios para definir el carácter comercial de un acto, imponiéndole condiciones necesarias: la intervención de riqueza y la idea de especulación y de obtención de beneficios. Puesto que se trata en el apartado f del párrafo 1 del artículo 2 y en el párrafo 2 del artículo 3 de la « naturaleza » de la ocupación, es necesario tener en cuenta esos criterios que, por lo demás, se admiten generalmente en los sistemas de derecho romano. Ahora bien, por ser uno de esos criterios la obtención de beneficios, ¿es posible hablar de actividad comercial cuando se trata de actividad no lucrativa, sin intención especulativa?

13. A juicio del Sr. Razafindralambo, el abandono del criterio formalista y, con ello, de la noción de servicio público, explica las decisiones, curiosas al menos, citadas por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 48) en virtud de las cuales, por ejemplo, se consideró un contrato de compra de municiones como un acto de carácter privado, mientras que la compra de cigarrillos destinados a un ejército extranjero se juzgó como un acto de poder público. Así pues, parece difícil, a falta

⁸ Véase 1709.ª sesión, notas 12 y 13.

de criterios objetivos que permitan determinar la naturaleza de la actividad comercial, no caer en distinciones que rayen en lo arbitrario. En efecto, hay actos, como un contrato de transferencia de tecnología o un acuerdo de asistencia técnica, de los que es difícil decir *a priori* si constituyen o no una actividad comercial en razón de su carácter más bien intelectual. Sería, por tanto, conveniente definir la actividad comercial combinando diferentes criterios.

14. La segunda condición enunciada en el artículo 12, a saber, que puedan realizar la actividad personas físicas o morales privadas, difícilmente se puede generalizar, ya que los sistemas jurídicos en vigor en el mundo son diferentes, si no opuestos. En efecto, para determinar si una persona puede ejercer una actividad, ¿hay que situarse desde el punto de vista del Estado territorial o del Estado extranjero? En muchos países, las personas o entidades privadas pueden ejercer toda una serie de actos considerados en otros lugares como comerciales. Además, bastaría con que un gobierno decretase que una determinada actividad escapa de la esfera privada para que a su entender esta actividad entrara en la esfera de la inmunidad. Por consiguiente, el empleo de la frase « si se trata de una actividad que puedan realizar en él personas o entidades privadas » al final del párrafo 1 del artículo 12 tiene más inconvenientes que ventajas. En lo que se refiere al párrafo 2, el Sr. Razafindralambo aprueba el principio que contiene y estima que puede remitirse al Comité de Redacción en su texto actual.

15. El Sr. NI señala que, en su cuarto informe (A/CN.4/357, párrs. 27 y 28), el Relator Especial ha insistido en las relaciones entre las reglas y las excepciones generales, pero la opinión que predomina —y que el Sr. Ni comparte— es que el principio de la inmunidad de los Estados es una regla y no una excepción a otra regla. En realidad, de los términos del artículo 6 se desprende que ello es así, como ya ha tenido el Sr. Ni ocasión de decirlo durante el debate (1712.ª sesión).

16. Asimismo estima que el artículo 11 es de utilidad dudosa en su redacción actual y que repite en parte lo que se dice en los artículos 6 y 7 e incluso quizá en el artículo 8. Podría muy bien modificarse de modo que dijera, por ejemplo, lo siguiente: « Ningún Estado gozará de inmunidad de la jurisdicción de otro Estado en los casos previstos en los artículos de la presente parte », si bien aun entonces no serviría de gran cosa, salvo de introducción a la parte III. En realidad, repetiría lo que ya se desprende claramente del título de la parte III del proyecto, que se refiere a las excepciones al principio general de la inmunidad de los Estados.

17. El Sr. EVENSEN considera también que el artículo 11 parece superfluo. El principio fundamental queda ya enunciado en el artículo 6 y es evidente que los principios generales expuestos en la parte II se aplican al conjunto de los artículos que figuran en las demás partes del proyecto. El título mismo de la parte III basta para indicar que los artículos que contiene enuncian excepciones al principio de la inmunidad de los Estados, lo que milita contra la variante propuesta por el Sr. Ni para el artículo 11.

18. En el párrafo 1 del artículo 12, la frase « que haya llevado a cabo parcial o íntegramente en el territorio de ese otro Estado » es demasiado restrictiva. En virtud de los principios generales que rigen los conflictos de leyes, los tribunales de un Estado pueden ser competentes sin que la transacción necesariamente haya tenido lugar en el territorio de ese Estado. Por ello el Sr. Evensen propone que se añadan después de las palabras « en el territorio de ese otro Estado » la frase « o donde las autoridades de ese Estado tengan jurisdicción sobre tal actividad ».

19. La expresión « actividad mercantil o comercial » se debería interpretar con un sentido amplio. Al menos en Noruega, engloba la pesca y la caza, que revisten gran importancia, sobre todo en la región del Atlántico Norte. Además, en virtud del derecho noruego, la emisión de un empréstito gubernamental en el mercado internacional de obligaciones se considera como una actividad comercial y los obligacionistas extranjeros podrían, pues, perseguir al Gobierno noruego ante los tribunales noruegos respecto de la supresión de la cláusula oro. Por último, el final del párrafo 2 del artículo 12 podría modificarse de forma que dijera lo siguiente: « [...] a las transacciones ni a los contratos celebrados entre Estados o entre gobiernos ».

20. El Sr. CALERO RODRIGUES está de acuerdo con los oradores precedentes en cuanto a que el artículo 11 es superfluo, como el Relator Especial parece haber reconocido él mismo, a juzgar por las observaciones que ha formulado en su cuarto informe (A/CN.4/357, párrs. 27 y 28).

21. Es evidente que el artículo 12 enuncia una excepción a la norma —y no al principio— de la inmunidad de los Estados, ya que no hay que olvidar que la Comisión elabora normas jurídicas para la aplicación de un principio determinado. El artículo 12 es extremadamente importante y toca el fondo mismo de la norma de la inmunidad de los Estados y sus correspondientes excepciones. Las disposiciones del artículo en gran parte se articulan en torno de la interpretación de la expresión « actividad mercantil o comercial ». De conformidad con la definición que se da en el apartado f del párrafo 1 del artículo 2, se entiende por « actividad mercantil o comercial » el desarrollo ordinario de un comercio o una determinada transacción o acto comercial, pero esta definición plantea la cuestión de la determinación de la naturaleza comercial de un acto, que puede solucionarse conforme a la legislación del Estado de la jurisdicción, o de la del Estado extranjero. Varios gobiernos han sostenido que sólo había que tener en cuenta la naturaleza del acto, excluyendo su finalidad. Pero resulta difícil emplear tal criterio por el hecho de que los precedentes no concuerdan de un país a otro, incluso ni de un tribunal a otro en un mismo país.

22. Debido a la incertidumbre existente, no cabe duda de que es indispensable definir más claramente la expresión « actividad mercantil o comercial ». Es cierto que la naturaleza del acto debe ser el principal factor que se tendrá en cuenta para determinar si un

acto tiene o no carácter comercial, pero debe también tenerse en cuenta la finalidad del acto. Al mismo tiempo, el elemento lucrativo no debería excluirse totalmente.

23. El Sr. FRANCIS, refiriéndose por el momento sólo al artículo 11, señala que éste es superfluo en su forma actual, pero que podría incluirse en el proyecto con otra forma. Se debería redactar en términos que indicasen los límites de las excepciones, así como el plan general y el ámbito de aplicación general de los artículos que siguen, en lugar de afirmar que se hará efectivo el principio general de la inmunidad de los Estados.

24. El Sr. BALANDA también estima que el artículo 11 no es indispensable. En primer lugar, su título no parece corresponder al lugar que ocupa el artículo en el proyecto y convendría modificarlo de forma que se precisase que se refiere a excepciones, ya sea a la regla, ya sea al principio, de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes —y a este respecto el Sr. Al-Qaysi (1711.ª sesión) tenía razón al afirmar que la Comisión debería decidir si piensa hacer de esas inmunidades un principio o una regla—. Además, la disposición misma parece que es una duplicación del párrafo 2 del artículo 6 y de los artículos 7 y 8.

25. El párrafo 1 del artículo 12 está redactado con acierto, de tal forma que la relatividad de la inmunidad jurisdiccional de los Estados está implícita en él, pero el Sr. Balanda hace totalmente suyas las observaciones formuladas por el Sr. Calero Rodríguez respecto de la expresión « actividad mercantil o comercial », cuyo sentido difiere de un país a otro y para la que, por lo tanto, probablemente será difícil proponer una definición completa y universalmente aplicable. La actividad comercial que pudiera realizar un Estado no debería manifiestamente beneficiarse de la inmunidad de jurisdicción, pero el adjetivo « comercial » sólo es demasiado restrictivo. Así pues, quizá sería útil añadir a la palabra « actividad » otros calificativos, tales como « industrial » y « financiera » como hace el Relator Especial en su cuarto informe (A/CN.4/357). Pero otra solución más cómoda sería precisar en el comentario lo que se entiende por « actividad mercantil o comercial » en el sentido del proyecto de artículos.

26. Además, aunque la referencia a las « entidades privadas », en el párrafo 1, tiende a excluir a los Estados del beneficio de la inmunidad de jurisdicción cuando realizan actividades que normalmente también realizan particulares, podría suprimirse fácilmente sin menoscabar la comprensión del texto, por una parte porque la naturaleza de un Estado y la de una entidad privada son totalmente diferentes, y por otra parte porque parece estar en contradicción con el párrafo 2 del artículo 12, según el cual la excepción prevista en el párrafo 1 no se aplicaría a las transacciones entre Estados ni a los contratos celebrados entre gobiernos.

27. En lo que se refiere al párrafo 2 del artículo 12, el Sr. Balanda se pregunta por qué habría que admitir *a priori* que todos los contratos, cualquiera que sea su

naturaleza, celebrados entre gobiernos no deberían considerarse como excepciones, cuando el Relator Especial propuso precisamente al principio que el criterio que rige las excepciones sería la naturaleza del acto. Además, ¿por qué todas las transacciones entre Estados no podrían ser también excepción, cuando el Sr. Razafindralambo acaba de subrayar que la noción de beneficio debe también en cuenta? ¿Acaso todas las actividades que un Estado pueda tener que realizar, ya sea con otros Estados o con otros organismos, deben considerarse como actos de poder público y por tanto acreedoras de inmunidad? El Sr. Balanda no lo cree así y el Relator Especial ha señalado en efecto en su cuarto informe (*ibid.*, párrs. 35 a 45) varios casos en los que el Estado puede comportarse perfectamente como una persona física o moral. Además, ello ha llevado al Relator Especial a proponer como criterio para las excepciones las actividades que los individuos, personas físicas o morales, pudieran realizar.

28. El Sr. Balanda está de acuerdo con el Relator Especial en afirmar que hay que tener en cuenta la naturaleza del acto, pero éste no es el único criterio ya que la finalidad del acto también debe servir para determinar si éste entra en la categoría de *acta jure imperii* o de *acta jure gestionis*, así como cualquier otro criterio que permita reconocer en cada caso si se está ante un acto comercial o un acto realizado por el Estado como poder público.

29. El Sr. RIPHAGEN dice que el artículo 11 puede parecer superfluo si se tiene en cuenta el artículo 6, pero que existe una diferencia entre los dos artículos. En efecto, el artículo 6 —y ésta es la mejor forma de prever las cosas— no excluye la posibilidad de que no todas las cuestiones estén reguladas por el proyecto de artículos, lo que no ocurre en el caso del artículo 11.

30. El artículo 12 ilustra perfectamente los problemas que suscita el texto del artículo 11, ya que está redactado en términos que plantean dificultades de interpretación y se introduce un elemento de ambigüedad con la frase del párrafo 1 que dice « si se trata de una actividad que puedan realizar en él personas o entidades privadas », que debería suprimirse. En lo que se refiere a la expresión « actividad comercial », la naturaleza del acto evidentemente es pertinente, pero el problema de la determinación del carácter comercial de un acto no se plantea solamente respecto de los contratos, y la inmunidad de los Estados es también pertinente respecto de la adquisición de bienes, de contratos de trabajo y de hechos ilícitos. Así pues, convendría esforzarse en precisar la noción de « naturaleza comercial del acto ». No obstante, el elemento del beneficio no tiene su lugar en el derecho de la inmunidad de los Estados y no es necesario establecer una distinción a este respecto. Toda persona que celebra una transacción evidentemente lo hace en su propio interés y lo mismo se puede decir de un gobierno.

31. En lo que se refiere a las palabras « que haya llevado a cabo parcial o íntegramente en el territorio de ese otro Estado », que figuran en el párrafo 1, no hay que olvidar que muchas actividades —en particular las que son de carácter general— pueden relacionarse con varios países. Ahora bien, como las legislaciones y las

decisiones judiciales varían a este respecto de un país a otro, los criterios que han de aplicarse para resolver los problemas resultantes de esas actividades son muy diferentes.

32. En cuanto a la cuestión « ¿inmunidad respecto de qué? », hay casos en los que el solo hecho de que el derecho de un país sea aplicable supone que exista un fallo, bajo una forma u otra, o incluso una medida cualquiera de ejecución. Por ejemplo, la propiedad intelectual no tiene carácter corporal, es una simple creación de la ley, pero los tribunales y las autoridades del país, en virtud de cuya legislación ha sido creada, deben, no obstante, hacer respetar los derechos que con ella se relacionan. Si un Estado presenta una solicitud de patente en otro Estado por su cuenta propia, debe aceptar la jurisdicción de las autoridades de ese Estado para todas las cuestiones que se refieren al respeto de los derechos de que se trata. Asimismo, es bastante frecuente que un Estado entre en una sociedad regida por el derecho de otro Estado y que, a los efectos de sus relaciones con los demás miembros de la sociedad, tenga que aceptar la jurisdicción de los tribunales extranjeros interesados. Otro ejemplo más lo proporciona el arbitraje, que va siempre relacionado con el sistema jurídico de un Estado determinado y la ley de su jurisdicción se aplica a todas las consecuencias del arbitraje. Se trata de cuestiones que se deberán solucionar en alguna parte del proyecto de artículos.

33. Por último, otro punto importante es que, incluso cuando un Estado realiza actividades comerciales, subsiste siempre un elemento de inmunidad, independientemente de la cuestión de la inmunidad de ejecución. Por ejemplo, es por lo menos dudoso que un juez pueda, en una resolución, dar una orden formal a un Estado extranjero, incluso respecto de una actividad comercial. Lo mismo puede decirse respecto del recurso que se conoce en el derecho francés con el nombre de « astreinte » que el estatuto de un Estado extranjero parece excluir. La condena de un Estado extranjero a la reparación de un perjuicio moral, acompañada de una pena, parece también excluida en la mayoría de los casos.

34. El Sr. Riphagen insiste en el hecho de que sus observaciones no han sido formuladas con espíritu de crítica. Se refieren a problemas muy delicados y ha admirado mucho la ingeniosidad con que el Relator Especial se ha esforzado por resolverlos.

35. El Sr. McCaffrey señala que varios miembros han impugnado la necesidad del proyecto de artículo 11, alegando que tenía el mismo efecto que el proyecto de artículo 6 y servía esencialmente de introducción a la parte III del proyecto; a su juicio, el proyecto de artículo 11 puede interpretarse en el sentido de que cumple otras dos funciones que son, tanto una como otra, de carácter limitativo. En primer lugar, la frase preliminar que dice « A reserva de lo dispuesto en los siguientes artículos de esta parte » puede interpretarse en el sentido de que limita las excepciones posibles a las que se prevén en la parte III del proyecto; por supuesto, el consentimiento y la renuncia también se reconocen mediante la referencia que seguidamente se

hace en el artículo a la parte II. En segundo lugar, se podría aducir que la frase que dice « se harán efectivos los principios generales de inmunidad del Estado contenidos en la parte II de los presentes artículos » tiene la misma función limitativa, ya que puede interpretarse en el sentido de que el alcance de la doctrina de la inmunidad de los Estados no va más allá de las normas enunciadas en la parte II. Así pues, a falta de una disposición específica en la parte II, no habría regla de la inmunidad de los Estados. Las palabras « contenidos en la parte II » remiten expresamente al proyecto de artículo 6, cuyo texto es de importancia primordial. En su forma actual, puede interpretarse en el sentido de que limita el ámbito de aplicación de la inmunidad de los Estados a las normas enunciadas en el proyecto de artículos. Sin embargo, si se tuviera que modificar el texto del proyecto de artículo 6 de modo que dispusiera que un Estado gozará de inmunidad de la jurisdicción de otro Estado salvo que los artículos de la parte III dispongan otra cosa, entonces se podría ver en ese artículo un intento de codificar la inmunidad jurisdiccional de los Estados como norma de derecho internacional general.

36. Si la Comisión no juzga necesarias esas dos funciones y no desea limitar las excepciones a las que ya se prevén expresamente en la parte III del proyecto, quizá se podría suprimir el elemento introductorio del proyecto de artículo 11 y hacer preceder entonces cada excepción de una introducción concebida en los términos sugeridos ya por el Sr. McCaffrey: « Todo Estado gozará de inmunidad de la jurisdicción de otro Estado, salvo [...] ».

37. Refiriéndose al proyecto de artículo 12, el Sr. McCaffrey dice que se podría considerar que las actividades mercantiles y comerciales no constituyen, y jamás han constituido, una « excepción » a la doctrina de la inmunidad soberana; por el contrario, se podría considerar que sencillamente la doctrina nunca fue tan lejos como para prever la inmunidad de los Estados en lo tocante a esas actividades. No quiere con ello discutir el título de la parte III; se limita a hacer una observación teórica que podría apoyar el argumento según el cual las actividades comerciales no deberían gozar de inmunidad en el marco del proyecto ni, en realidad, en el del derecho internacional general.

38. En lo que se refiere a la obligación —formulada en el párrafo 1 del artículo— según la cual debe haberse llevado a cabo la actividad comercial parcial o íntegramente en el territorio de ese otro Estado, el Sr. McCaffrey señala que varios oradores han insistido en que hay que procurar no alejarse de la esfera del derecho internacional público. Ahora bien, el derecho internacional público no prevé que esta actividad deba realizarse parcial o íntegramente en el Estado del foro y esta obligación no es pertinente más que en lo que se refiere a la competencia del tribunal según las normas internas del Estado. Por consiguiente, convendría modificar esa obligación haciendo depender la determinación de la jurisdicción del Estado del foro o bien omitirla simplemente y dejar que cada Estado decida por sí mismo si el vínculo entre la actividad considera-

da y el Estado del foro es suficiente para permitir a los tribunales de ese Estado que impongan su jurisdicción al Estado demandado. También serviría a este efecto la fórmula propuesta por el Sr. Evensen. Tanto una variante como otra serían preferibles al texto actual.

39. Además, el Sr. McCaffrey reconoce que, si bien de una manera general la naturaleza de la actividad debe constituir un factor decisivo, no deben excluirse otros factores, como su finalidad, pero que podría ser peligroso querer enumerar todos los factores que hay que tener en cuenta, ya que se corre el riesgo de olvidar algunos. En lugar de fijar un criterio, valdría más dejar al tribunal del Estado del foro la tarea de determinar lo que constituye actividades comerciales de conformidad con la legislación propia. Por último, el Sr. McCaffrey opina también que la interpretación de la obligación según la cual debe tratarse de una actividad que puedan realizar personas o entidades privadas puede variar según los diferentes sistemas y jurisdicciones. En realidad, depende del Estado del foro, y el hecho de que los particulares no puedan dedicarse a una actividad u otra en ese Estado no quiere necesariamente decir que el Estado demandado goce de inmunidad de la jurisdicción. Aunque se prevea en algunas legislaciones nacionales, esta obligación particular quizá no tenga su lugar en un conjunto de artículos aplicables en el plano internacional.

40. El Sr. USHAKOV estima que las conclusiones a las que llega el Relator Especial en su cuarto informe (A/CN.4/357) no son nada satisfactorias. En ese informe, el Relator Especial aborda la cuestión de las excepciones al principio de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, principio que se deriva de la igualdad soberana de los Estados y que es un principio fundamental del derecho internacional general. Toda excepción a ese principio debe consignarse en normas aceptadas de derecho internacional general. Si la Comisión quiere codificar, tiene que demostrar la existencia de tales normas. Por el contrario, si desea dedicarse al desarrollo progresivo del derecho internacional, no tiene que demostrar la existencia de esas normas; debe proponer normas nuevas, después de haber adquirido la convicción de que existe la tendencia general de respetarlas y de que las aceptarán todos los Estados. A juicio del Sr. Ushakov, en este caso nada justifica uno u otro paso.

41. Como ha indicado el Relator Especial (*ibid.*, párr. 52), la jurisprudencia internacional en la materia es prácticamente inexistente y se ha limitado, pues, a estudiar la jurisprudencia interna de los Estados. Ahora bien, la jurisprudencia interna no basta por sí misma para establecer la existencia de una norma jurídica válida entre Estados. En efecto, cualquier decisión judicial adoptada por el tribunal de un Estado no puede oponerse a otro Estado más que si éste la acepta voluntariamente. El Relator Especial no ha dicho nunca que las decisiones judiciales internas fijadas por él, que se fundan en la inexistencia de la inmunidad jurisdiccional, habían sido admitidas por los Estados de que se trata. En esa esfera, la Unión Soviética sigue una práctica bien establecida, que consiste en no acep-

tar nunca que un tribunal extranjero adopte sin su consentimiento una decisión a su respecto, tanto si esta decisión le es favorable como si no lo es. Esta práctica se sigue no sólo en los demás países socialistas, sino en muchos otros Estados. A falta de jurisprudencia internacional, es ciertamente posible estudiar la jurisprudencia interna de los Estados, pero no se pueden sacar conclusiones más que si se desprende de ella una práctica y si la admiten generalmente los Estados directamente interesados. La conclusión que saca el Relator Especial de las decisiones judiciales que ha examinado es totalmente contraria a la práctica de los Estados.

42. Asimismo puede invocarse la legislación de los Estados, pero conviene señalar que junto a textos legislativos que consagran la existencia de las excepciones, existen leyes, en particular en la Unión Soviética, según las cuales los tribunales de un Estado no están facultados para juzgar a otro Estado sin el consentimiento de este último. El Sr. Ushakov se pregunta qué conclusión puede sacarse de esta coexistencia de textos legislativos opuestos. No puede mantenerse una ley que prevea excepciones al principio de la inmunidad jurisdiccional de los Estados como prueba de la existencia de una norma de derecho internacional general más que si los demás Estados aceptan esta ley. No ocurre así, por ejemplo, con la legislación promulgada en la materia por el Reino Unido y los Estados Unidos de América, que ha sido objeto de protestas por parte de la Unión Soviética. Si se han presentado protestas ha sido porque esta legislación no tenía un carácter puramente interno, sino que se refería a las relaciones internacionales y era contraria a un principio fundamental de derecho internacional.

43. Para que puedan invocarse tratados o acuerdos entre Estados, habría que poder demostrar que todos se fundan en una norma según la cual la inmunidad de los Estados no existe en materia de actividad comercial. Parece que los acuerdos celebrados por la Unión Soviética y otros países socialistas han sido analizados de forma errónea, incluso tendenciosa, por el Relator Especial. Todos esos acuerdos se fundan en la norma fundamental de la inmunidad jurisdiccional y todos los Estados contratantes, ya se trate de otros Estados socialistas, de países de economía de mercado o países en desarrollo, han admitido siempre esta norma. Ciertamente, se ha dado el caso de que la Unión Soviética renuncie voluntariamente a la aplicación de la norma en tratados particulares, pero no puede deducirse, como lo hace el Relator Especial, que esos tratados establezcan la existencia de una regla general de excepción para las actividades comerciales cuando prueban la existencia de la regla general de la inmunidad jurisdiccional ilimitada. Sin duda, por su deseo de dar apoyo a su posición, el Relator Especial se ha confundido en cuanto al sentido que hay que dar a los tratados y acuerdos que ha analizado. Por ejemplo, en su informe (*ibid.*, párr. 99) cita el Tratado de Comercio y Navegación firmado en Pekín el 23 de abril de 1958 entre la Unión Soviética y la República Popular de China⁹, según el cual la representación comercial de

⁹ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 313, pág. 153.

cada país goza de todas las inmunidades de un Estado soberano, en particular en materia de comercio exterior, con ciertas reservas. Sólo después de haber planteado el principio de la inmunidad jurisdiccional, incluso en materia de comercio exterior, consintieron las partes en aceptar excepciones a ese principio. Ahora bien, el Relator Especial deduce de ese ejemplo la existencia de una norma de excepción admitida generalmente. Tampoco es posible deducir la existencia de tal norma del acuerdo celebrado en 1951 entre Francia y la Unión Soviética¹⁰ que se cita asimismo en el informe (*ibid.*, párr. 100). En ese acuerdo, como en otros acuerdos del mismo tipo celebrados con otros países desarrollados, la Unión Soviética ha consentido en que se hagan excepciones al principio general de la inmunidad jurisdiccional de los Estados.

44. La situación no es diferente en lo que se refiere a las convenciones internacionales. Los Estados partes en la Convención europea sobre inmunidad de los Estados¹¹ han admitido un cierto número de excepciones al principio de la inmunidad, excepciones que no existen como normas de derecho internacional general. Así pues, no se puede sacar la conclusión contraria, la de que existen tales normas. En definitiva, el Sr. Ushakov estima que se debería continuar el análisis de la práctica de los Estados para ver si de él se desprende una norma de excepción en favor de las actividades comerciales. Personalmente, está persuadido de que la norma general admitida es la de la inmunidad jurisdiccional y de que sólo pueden hacerse excepciones mediante el consentimiento expreso.

45. El Relator Especial afirma varias veces en su informe que el comercio exterior no tiene verdaderamente un carácter político y que los Estados pueden realizar actividades comerciales con el mismo carácter que las personas o entidades privadas. Para el Sr. Ushakov, en la actualidad el comercio exterior reviste por el contrario una importancia política muy grande. Todos los Estados, y en particular los Estados de economía de mercado, regulan el comercio exterior; la época del librecambio ha pasado definitivamente. Debido a que la existencia misma de los Estados depende de su comercio exterior, éstos lo regulan fijando límites cuantitativos y cualitativos a las importaciones y a las exportaciones, emitiendo licencias y percibiendo derechos de aduanas. Si se da el caso de que un Estado tome sanciones económicas contra otro Estado prohibiendo a las personas físicas y morales sometidas a su jurisdicción que realicen actividades comerciales con ese Estado, se debe a que están en juego sus intereses políticos. Aunque los Estados, y en particular los Estados de economía de mercado, no llevan a cabo ellos mismos actividades de comercio exterior, estas actividades tienen siempre, en principio, un carácter altamente político. No se puede pasar por alto esta realidad política y afirmar que personas o entidades privadas pueden llevar a cabo una actividad de comer-

cio exterior. Debe hacerse una distinción entre el Estado, que lleva a cabo actividades de comercio exterior en beneficio de su población, y la persona física o moral que trata de obtener beneficios. Por ser totalmente diferente la finalidad en ambos casos, no es posible equipararlos.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

1729.ª SESIÓN

Jueves 17 de junio de 1982, a las 10 horas

Presidente: Sr. Paul REUTER

Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (continuación) [A/CN.4/340 y Add.1¹, A/CN.4/343 y Add.1 a 4², A/CN.4/357, A/CN.4/L.337, A/CN.4/L.339, ILC(XXXIV)/Conf.Room Doc.3]

[Tema 6 del programa]

PROYECTO DE ARTÍCULOS
PRESENTADO POR EL RELATOR ESPECIAL³
(continuación)

ARTÍCULO 11 (Ambito de aplicación de la presente parte) y

ARTÍCULO 12 (Actividad mercantil o comercial)⁴
(continuación)

1. El Sr. SUCHARITKUL (Relator Especial) dice que, como no ha hecho una exposición introductoria al iniciarse el presente debate sobre los artículos 11 y 12, es preciso dar algunas aclaraciones para responder a las observaciones de varios miembros de la Comisión.

2. El artículo 11 cumple varias finalidades. En primer lugar, sirve de introducción a los artículos siguientes de la parte III y, a este respecto, el Sr. Sucharitkul desea agradecer al Sr. Ni (1728.ª sesión, párrafo 16) sus valiosas sugerencias relativas a la redacción. En efecto, se ha señalado que ese artículo de introduc-

¹ Reproducido en *Anuario 1981*, vol II (primera parte)

² Reproducido en el volumen de la Serie legislativa de las Naciones Unidas titulado *Documentation concernant les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: E/F 81.V.10)

³ El texto de los proyectos de artículos que constituyen las partes I y II del proyecto ha sido reproducido de la manera siguiente: a) artículo 1 y correspondiente comentario, aprobados provisionalmente por la Comisión *Anuario 1980*, vol. II (segunda parte), págs 138 y 139, b) artículos 2 a 5 *Anuario 1981*, vol II (segunda parte), pag 161, notas 655 a 658, c) artículo 6 y correspondiente comentario, aprobados provisionalmente por la Comisión: *Anuario 1980*, vol. II (segunda parte), págs 139 y ss., d) artículos 7 a 10, revisados en el 33.º período de sesiones de la Comisión: *Anuario 1981*, vol II (segunda parte), pag 165, notas 668 a 671

⁴ Véase el texto en 1728.ª sesión, párr. 7

¹⁰ Acuerdo (con protocolo) relativo a las relaciones comerciales recíprocas y el estatuto de la Representación Comercial de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en Francia, firmado en París el 3 de septiembre de 1951 (*ibid.*, vol. 221, pag 81)

¹¹ Véase 1708.ª sesión, nota 12.