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 Soviética [10] 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 Estados [11] 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 comercio 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.1 [1], A/CN.4/343 y Add.1 a 4 [2], 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 ESPECIAL [3] *(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-

---

[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, pág 81)

[11] Véase 1708.ª sesión, nota 12.

[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

ción no es necesario dado el título mismo de la parte III, pero no se trata de una cuestión tan simple como pudiera parecer. Limitándose a la versión inglesa, indica que ha utilizado la expresión « exceptions *to* immunity », de conformidad con la práctica legislativa de los Estados Unidos de América. Sin embargo, en la práctica del Reino Unido, el Pakistán y el Canadá se utiliza la expresión « exceptions *from* immunity ». Incumbe al Comité de Redacción elegir y presentar una propuesta a este respecto. En segundo lugar, el artículo 11 proporciona un nexo para asegurar la necesaria transición entre la parte II y la parte III del proyecto y es como una señal que advierte de las dificultades que se encuentran más adelante en los artículos siguientes. En tercer lugar, dicho artículo puede servir para desvanecer algunas dudas y poner de relieve la relatividad de la norma de la inmunidad del Estado, así como las excepciones a la misma. Los artículos 7 y 8 están redactados en términos injustificadamente absolutos y sin restricciones y, en consecuencia, el artículo 11 ofrece un lugar adecuado para matizar esas disposiciones. También será útil mantener el artículo 11 en reserva como una introducción sustantiva a la parte III, teniendo presente que es éste un punto controvertido que suscita una considerable divergencia de puntos de vista y debe abordarse, por tanto, con prudencia.

3. En cambio, el artículo 12 trata de la excepción a la norma de la inmunidad del Estado que menos se presta a discusión, como ponen de manifiesto las últimas tendencias de la práctica de los Estados en relación con la actividad mercantil o comercial, práctica que no influye en la distinción entre los actos realizados *jure imperii* y los actos realizados *jure gestionis*. Sus 30 años de experiencia le permiten responder de la abundancia de pruebas en apoyo de la disposición contenida en el artículo 12.

4. El apartado *c* del párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, establece una excepción a la inmunidad de los agentes diplomáticos en el caso de una acción relativa a la « actividad profesional o comercial ». Dicha convención no contiene ninguna definición de «actividad comercial » y no hay ninguna referencia a este punto en el comentario de la Comisión [5] al proyecto de artículos utilizado como base de la labor de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, celebrada en Viena en 1961. Sin embargo, el concepto « actividades comerciales o mercantiles » ha sido definido por instituciones prestigiosas, como la Harvard Law School [6] y varias definiciones de ese tipo han penetrado en algunas legislaciones nacionales. En la Carta de La Habana [7] se intentó también establecer ciertos criterios que trazan una clara distinción entre la compra y la venta y, con relación a la primera, entre la compra para uso propio (que no es comercial) y la compra para la reventa comercial. Por supuesto, la venta constituye siempre una actividad mercantil, independientemente de que haya o no ánimo de lucro. Por ejemplo, el Sr. Riphagen ha señalado que, prácticamente, todas las líneas aéreas operan con pérdidas, sin que ello disminuya en nada su carácter sumamente comercial. Sin embargo, en el presente caso, la Comisión ha de rebasar esos conceptos y definir los tipos de actividades previstos en el artículo 12. El Sr. Evensen (1728.ª sesión) ha citado el útil ejemplo de la caza y la pesca, y hay también el problema de las inversiones, cuyo carácter comercial a veces es dudoso.

5. Con la relación territorial que establecen las palabras « parcial o íntegramente en el territorio de ese otro Estado » se trata de atender no sólo a las finalidades del derecho internacional privado, sino también a las del derecho internacional público, que establecen la supremacía del Estado territorial. Por último, desea dar las gracias a los miembros de la Comisión que han hecho valiosas sugerencias acerca de la formulación del párrafo 2 del artículo 12, y observa que no se ha hecho ninguna objeción a la excepción enunciada en ese párrafo.

6. El Sr. JAGOTA dice que se han expresado opiniones diferentes con respecto al enfoque del problema de las relaciones entre una norma y una excepción a la norma. Por su parte, apoya sin reservas la decisión del Relator Especial de seguir el método inductivo, enunciando la norma de la inmunidad del Estado y enumerando a continuación las excepciones.

7. La posición jurídica en esta materia ha sido aclarada por el Sr. Ushakov *(ibid.)*, cuyas observaciones hacen ver muy bien la posición adoptada no sólo en los países socialistas, sino también en muchos países en desarrollo. La práctica de la India, por ejemplo, sigue la misma orientación general indicada por el Sr. Ushakov. El artículo 86 del Código de Procedimiento Civil [8] dispone que un Estado extranjero que realiza actos comerciales podrá ser encausado ante los tribunales de la India, pero agrega que es indispensable el consentimiento previo del Gobierno central para poder incoar un proceso. En consecuencia, se exige el consentimiento del Ministerio de Relaciones Exteriores de la India en todos esos casos, pero en la realidad muy pocas veces se ha dado, ni siquiera respecto de actividades comerciales o mercantiles. Sólo se hace una excepción cuando el Estado extranjero interesado haya aceptado anteriormente la jurisdicción de los tribunales de la India, ya en términos generales en virtud de un acuerdo internacional, o, respecto de una transacción particular, en forma de una renuncia en un contrato específico. Por supuesto, dichas disposiciones son corrientes en las actividades mercantiles de los Estados y en los contratos celebrados con empresas estatales de países extranjeros. En esos casos, los contratos suelen incluir disposiciones relativas al

[5] Véase *Anuario... 1958*, vol. II, págs. 105 y 106, documento A/3859, cap. III, secc. II, comentario al artículo 29 (Inmunidad de jurisdicción).

[6] The Research in International Law of the Harvard Law School, « Draft convention and comment on competence of courts in regard to foreign States », art. 11, *Supplement to The American Journal of International Law*, Wáshington (D.C.), vol. 26, N.º 3, julio de 1932, pág. 597.

[7] Carta de La Habana para una Organización Internacional de Comercio [*Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, Acta Final y Documentos Conexos*, La Habana, 1948 (E/CONF.2/78), secc. II].

[8] Véase 1708.ª sesión, nota 31.

derecho aplicable y a la aceptación de la jurisdicción de los tribunales de un país determinado. Otra opción es la acción de reciprocidad. Si el Gobierno de la India no goza de inmunidad respecto de determinados actos en un determinado Estado extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores de la India dará su consentimiento en conformidad con el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil para que se adopten medidas en los tribunales de la India respecto de actividades análogas realizadas en la India por el Estado extranjero de que se trate.

8. A su juicio, esta orientación de la práctica de los Estados sirve de apoyo al texto del artículo 12, que contiene una excepción cuya formación como norma consuetudinaria del derecho internacional puede decirse que se halla bastante adelantada. Es mucho más que *lex ferenda,* aunque no llega a ser *lex lata.* En el texto del artículo 12 se tiene debidamente en cuenta el hecho de que la norma que en él se recoge se encuentra aún en la fase de formación, y la frase inicial del artículo 11 « A reserva de lo dispuesto en los siguientes artículos de esta parte » también aclara que la norma de que se trata es de carácter supletorio. La acertada sugerencia del Sr. Evensen *(ibid.,* párr. 19) será útil para redactar de nuevo el párrafo 2 del artículo 12, lo que haría más flexible la norma establecida en el artículo 12. Por consiguiente, si bien puede aceptar, en líneas generales, el artículo 12, hay dos cuestiones básicas que deben tratarse en las definiciones, o por lo menos en el comentario.

9. En primer lugar, habrá que definir el significado del término « Estado » de modo que abarque también las empresas de propiedad estatal. En segundo lugar, en derecho internacional, el término « territorio » significa la superficie terrestre de un Estado, junto con su mar territorial y el espacio aéreo suprayacente. Sin embargo, técnicamente no incluye la zona económica exclusiva de 200 millas. Constituyen un problema adicional las actividades que se realizan fuera del territorio de un Estado, pero que tienen un efecto en ese territorio. Son ejemplo de ello las actividades extractivas de un Estado en los fondos marinos profundos, que no se realizan en su territorio, pero que surten efectos en él, porque los productos de la extracción se venden en ese territorio. En casos de ese tipo, será necesario determinar si los tribunales del Estado territorial tienen jurisdicción y si se aplica la norma de la inmunidad del Estado.

10. El criterio recogido en la cláusula « si se trata de una actividad que puedan realizar en él personas o entidades privadas », con absoluta independencia de los problemas técnicos que entraña, seguramente no será políticamente aceptable y su aplicación conduciría a situaciones desequilibradas. En realidad, la expresión « una actividad que puedan realizar en él personas [...] privadas » tendría, desde luego, una significación diametralmente distinta en un país socialista, en comparación con un país de economía de mercado. En consecuencia, el criterio propuesto produciría resultados totalmente distintos, según los sistemas económicos de los dos Estados interesados. Como con esa cláusula se trata simplemente de indicar que las actividades de que se trata son actividades que se rigen por el derecho privado, puede perfectamente suprimirse en el párrafo 1 y recogerse en el párrafo 2 o incluso relegarse al comentario.

11. La expresión « actividad mercantil o comercial » suscita la delicada cuestión de las relaciones entre la naturaleza y la finalidad de las actividades de que se trata. El párrafo 2 del artículo 3 asigna importancia « a la naturaleza de la ocupación o de la transacción o acto determinado, y no a la finalidad de éste ». A este respecto, la práctica estatal en los países en desarrollo sigue siendo vacilante. Surgen dificultades porque en esos países se ha considerado necesario que el Estado asuma la dirección en algunas materias simplemente para promover la causa del desarrollo, hecho que hace difícil de aplicar el criterio previsto en el párrafo 2 del artículo 3.

12. También el artículo 11 suscitaría dificultades de interpretación si se mantuviera en su forma actual. Como nexo entre las partes II y III del proyecto, se limita a especificar que deben hacerse efectivos los principios generales de inmunidad del Estado, excepto en las situaciones previstas en los artículos 12 y siguientes. Al hacerlo así, pone de relieve la norma de la inmunidad del Estado y la conclusión es que las excepciones a esa norma deben interpretarse de un modo restrictivo. Sin embargo, esta cuestión puede tratarse en el artículo 6, que ya enuncia la norma principal. Por tanto, debe suprimirse el artículo 11, y las excepciones contenidas en la parte III comenzarían con la disposición que ahora es el artículo 12.

13. El Sr. McCAFFREY dice que sus anteriores observaciones (1728.ª sesión) se basaban en el supuesto de que la Comisión aceptaba la excepción a la norma general de la inmunidad jurisdiccional del Estado en el caso de las actividades mercantiles o comerciales. Después, algunos comentarios han puesto en tela de juicio la existencia misma de la excepción, y le han inducido a considerar el tratamiento, en derecho internacional general, de la actividad mercantil o comercial del Estado en relación con su inmunidad jurisdiccional.

14. El Sr. Jagota ha señalado que en algunos países no se concede la inmunidad respecto de las acciones relacionadas con la actividad mercantil o comercial de un Estado cuando el Estado demandado no concede la inmunidad al Estado al que pertenece el tribunal en circunstancias análogas. Sin embargo, puede darse una interpretación algo más amplia a la excepción para tratar de demostrar que puede tratarse, no como una excepción, sino como una norma de derecho internacional público que está en un pie de igualdad con la norma misma de la inmunidad jurisdiccional del Estado. Esa proposición puede analizarse sobre todo a la luz de los comentarios formulados por el Sr. Ushakov *(ibid.),* que ha examinado tres cuestiones distintas —jurisprudencia interna e internacional, legislación y tratados— y ha llegado a la conclusión de que ninguna de ellas es fuente de una excepción, conforme al derecho internacional, referente a la actividad mercantil o comercial.

15. En consecuencia, la primera cuestión que se ha de dilucidar es si la excepción contenida en el artículo 12 se limita a reflejar la jurisprudencia y la legislación de varias jurisdicciones o si constituye un principio tan fundamental como la norma misma de la inmunidad soberana. A este respecto, el punto de partida es la afirmación del Sr. Ushakov de que la razón básica por la que el principio de la inmunidad jurisdiccional del Estado no entraña un conflicto de soberanía es que un Estado sólo puede penetrar en el territorio de otro Estado y actuar dentro de él con el consentimiento del otro Estado. Es decir, un Estado puede negarse a permitir la entrada de otro Estado cuyos fines sean comerciales, o incluso diplomáticos, como se infiere del artículo 2 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas. En consecuencia, si la inmunidad jurisdiccional misma es una norma, sólo entra en juego cuando un Estado ha dado su consentimiento a otro para que realice actividades dentro de su territorio.

16. Sin embargo, es indudable que un Estado puede permitir que otro penetre en su territorio sin dejar que todas las actividades de este último Estado gocen de inmunidad de jurisdicción, cosa que se desprende claramente del apartado *c* del párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas y del artículo 43 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares que recogen la proposición básica de que la inmunidad puede no ir unida al permiso para entrar en el territorio de un Estado. Un Estado puede consentir la presencia de otro dentro de sus fronteras, pero puede no garantizar la inmunidad jurisdiccional de ese otro Estado respecto de algo que pueda hacer dentro de esas fronteras.

17. En consecuencia, para determinar el tipo de actividad que abarca la inmunidad jurisdiccional, es necesario considerar la finalidad para la cual se concede la inmunidad. Si, como ha sugerido el Sr. Jagota, la finalidad de la concesión de inmunidad a los Estados es establecer una base para las relaciones pacíficas y amistosas entre ellos, cuando menos la inmunidad habría de extenderse a las actividades diplomáticas y consulares que entrañan las relaciones intergubernamentales, así como a las personas de los funcionarios diplomáticos y consulares con respecto a los actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales. Sin embargo, es de presumir que el mero hecho de que la persona del funcionario goce de inmunidad no significa que el Estado gozaría de inmunidad respecto de un contrato celebrado por ese funcionario con un particular o entidad privada.

18. ¿Qué ocurre en los casos en que un gobierno extranjero entra en relaciones con particulares? Puede aducirse, por analogía con el apartado *a* del párrafo 2 del artículo 43 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, que, cuando el organismo de un Estado extranjero no se identifica de manera expresa o implícita como tal en sus tratos con un particular, no se concede ninguna inmunidad. Pero esta analogía puede no ser aceptada y, de cualquier modo, no se aplicaría a todos los casos.

19. En la era del *laissez-faire* hubo dictámenes judiciales sobre la doctrina de la inmunidad soberana, como el del Magistrado Marshall en el asunto de *The Schooner « Exchange »* (1812)[9], en los que prácticamente no había « zonas grises », ya que el Estado rara vez entraba en la esfera de la actividad comercial privada. De ahí que la teoría absoluta de la inmunidad soberana fuera perfectamente adecuada en aquel entonces. Hoy cabe preguntarse si sigue siéndolo. Hacia la última parte del siglo XIX, la doctrina del *laisser faire* ha dado paso a una creciente intervención del Estado en la esfera privada, a medida que los gobiernos han comenzado a regular actividades privadas y a desempeñar funciones empresariales, como la explotación de servicios ferroviarios, de navegación y postales, lo cual, evidentemente, ha situado a las empresas privadas que realizan actividades competitivas en una posición económica y jurídica claramente desventajosa y ha llevado a reconocer que la inmunidad jurisdiccional del Estado no es absoluta, sino que se halla limitada a actos de carácter soberano o público, *acta jure imperii.*

20. En realidad, nunca se pretendió que la doctrina de la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros se aplicase a aquellos casos en que el Estado participa en actividades comerciales o mercantiles con particulares. La necesidad práctica de distinguir entre los actos de gobierno de carácter público y los de carácter privado ha sido reconocida por Estados que realizan operaciones comerciales y mercantiles importantes, aun cuando en ocasiones esos Estados se han adherido a la llamada teoría « absoluta » de la inmunidad jurisdiccional. Por ejemplo, los Estados Unidos y la Unión Soviética han convenido con frecuencia por tratado renunciar a la inmunidad con relación al transporte marítimo y a otras actividades comerciales. También las Convenciones de Ginebra de 1958 sobre el mar territorial y la zona contigua y sobre la alta mar[10] tratan en efecto a los buques de gobiernos explotados con fines comerciales como buques mercantes de empresas privadas. Esto es una prueba concreta del reconocimiento por el Estado de la importancia funcional de la distinción entre diversos tipos de actividad del gobierno, y las distinciones que se han hecho se han visto reforzadas por acuerdos multilaterales como la Convención europea sobre inmunidad de los Estados, de 1972[11], por una abundante jurisprudencia de distintos países y por la legislación reciente sobre la materia.

21. Por tanto, parece evidente la necesidad de una excepción en el caso de la actividad mercantil o comercial, ya que no sólo refleja la práctica actual de los Estados, sino que, además, aumenta la capacidad de los Estados para atender a las necesidades vitales de su población creando condiciones de seguridad para que particulares o entidades privadas entren en relaciones comerciales con ellos, y asegura así la capacidad de los Estados para adquirir los bienes y servicios necesarios. Por consiguiente, las consideraciones de orden prácti-

[9] Véase 1708.ª sesión, nota 9.

[10] Naciones Unidas, *Recueil des Traités,* vol. 516, pág. 241 ; y vol. 450, pág. 115.

[11] Véase 1708.ª sesión, nota 12.

co favorecen también el reconocimiento de tal excepción. En todo caso, el reconocer que el Estado puede ser encausado en relación con actividades mercantiles o comerciales con entidades privadas no supondría realmente restringuir la inmunidad del Estado, si por « restringir » se entiende « reducir » una inmunidad absoluta que existió en otro tiempo. En realidad, nunca se ha pretendido que la inmunidad del Estado soberano abarcase actividades como las mencionadas en el artículo 12. Teóricamente, puede adoptarse el criterio de que las actividades mercantiles y comerciales no son, ni han sido nunca, una excepción a la doctrina de la inmunidad soberana. Simplemente, esta doctrina nunca se ha extendido tanto como para abarcar la inmunidad de los Estados respecto de actos derivados de dichas actividades.

22. El Sr. FRANCIS dice que el artículo 12 suscita cierta preocupación porque la inmunidad del Estado debe restringirse en algunos aspectos, pero al restringirla se han de tener en cuenta algunas consideraciones básicas. Hay que cuidar de no menoscabar los intereses de los países en desarrollo, que se encuentran en una situación especial. Ya ha señalado que, si bien el antiguo concepto de las actividades mercantiles y comerciales pudo tener sentido en otros tiempos, su aplicación en el mundo moderno sería contraproducente sin las salvaguardas adecuadas.

23. Tres informaciones facilitadas recientemente por los medios de comunicación social pueden servir para ilustrar su argumento. La primera es un editorial de *The Times* de Londres sobre los alimentos como problema de política exterior en Zimbabwe. La segunda es un artículo aparecido en el diario *International Herald Tribune* en que se informa de que el actual Primer Ministro británico ha decidido que la sección mercantil de la British National Oil Corporation siga siendo de propiedad pública, decisión que ha sido adoptada por un Primer Ministro que sustenta criterios políticos diferentes de los del Partido Laborista, creador de dicha compañía. La tercera es una entrevista en la emisora radiofónica suiza con un norteamericano llegado a Ginebra para ensayar y desarrollar el intercambio de mercancías entre los países desarrollados y los países en desarrollo, quien ha afirmado que, dada la falta de divisas de los países en desarrollo, el sistema de trueque se hará cada vez más popular. A este respecto, hay que hacer referencia a un acuerdo reciente concertado entre los Estados Unidos y un país de la región del Caribe en virtud del cual los Estados Unidos se comprometen a proporcionar leche en polvo a cambio de bauxita del país del que se trata. Quizá sea difícil comprender dicho acuerdo en los países desarrollados, donde se confía al sector comercial el suministro de esos productos básicos. Sin embargo, en los países pobres los gobiernos no pueden permitirse, considerando sus recursos humanos, contar con el sector privado para satisfacer necesidades básicas en tiempos difíciles. Por último, en una conferencia celebrada en Ginebra en 1978, los países en desarrollo formaron un consejo de asociaciones de países en desarrollo productores y exportadores de materias primas a fin de racionalizar los recursos de esos países en productos primarios [12].

24. Estos hechos indican claramente que el Estado, en particular en el mundo en desarrollo, va participando cada vez más en actividades mercantiles y comerciales, y continuará haciéndolo así, no por deseo de lucro, sino por rigurosa necesidad. Por estas razones, el orador abriga algunas dudas acerca del modo en que el artículo 12 codifica el principio de que se trata, y más concretamente respecto de las palabras « si se trata de una actividad que puedan realizar en él personas o entidades privadas ».

25. En los Estados Unidos se admite que un gobierno extranjero puede actuar en dos ámbitos, el comercial y el político, y esa idea parece informar en cierto modo este proyecto de artículo, de modo que cualquier actividad del Estado que quede fuera de la esfera política se considerará comercial y, por consiguiente, entrará en la jurisdicción del Estado territorial. Se está simplificando excesivamente esta cuestión, ya que lo que puede parecer *prima facie* un acuerdo exclusivamente comercial —un acuerdo de intercambio de mercancías, por ejemplo— es en realidad totalmente político en cuanto que concierne al bienestar de la población. El examen del artículo revela que se basa en la legislación de los Estados Unidos y del Reino Unido y en la práctica de Estados cuyo pensamiento se ha fundido en el mismo molde.

26. Por supuesto, la práctica real de los Estados debe tenerse necesariamente en cuenta, pero hace falta algo más que eso, tanto en el orden cualitativo como en el cuantitativo. Lo que preocupa al orador, teniendo presente la decisión recaída en el asunto *Krajina* c. *The Tass Agency and another* (1949) [13], es que muchos órganos de los Estados, en particular de los países en desarrollo, puedan estar expuestos a la jurisdicción del Estado territorial. Los países en desarrollo, al contrario que los desarrollados, carecen de la infraestructura necesaria y por ello han de crear organismos estatales que sirvan de instrumentos del gobierno y desempeñen determinadas funciones que en otro caso se paralizarían. Por consiguiente, es necesario proceder con gran cuidado al redactar el artículo 12 para asegurarse de que se tienen en cuenta todos esos factores a fin de hacer justicia a los países interesados.

27. Parece que en varias leyes de los Estados Unidos, que han sido objeto de algunas críticas en la Sexta Comisión de la Asamblea General sobre todo, tal como se aplican en la *Court of Claims,* se trata de establecer un paralelo entre el trato de los ciudadanos de los Estados Unidos y de Estados extranjeros. No cabe discutir la actuación de ese tribunal respecto de los litigios de los nacionales del país, o incluso de uno de los Estados que lo constituye, pero el orador no cree que pueda decirse lo mismo cuando se trata de Estados extranjeros.

---

[12] Véase « Informe de la Conferencia de plenipotenciarios para la creación del Consejo de Asociaciones de Países en Desarrollo Productores y Exportadores de Materias Primas », Ginebra, 5 a 7 de abril de 1978 (NAC/PC/1).

[13] *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1949,* Londres, vol. 16, 1955, asunto N.º 37, pág. 129.

28. Por último, la actividad que, según el artículo 12, se considera de índole mercantil o comercial, puede ser algo totalmente distinto de eso con arreglo a la legislación de determinados países y, por ello, importa no recurrir indiscriminadamente a los elementos de las diversas legislaciones nacionales para llegar a una decisión sobre el artículo. Sería un error emplear la analogía de un soberano que, en una época pretérita, perdía su inmunidad si se dedicaba a alguna actividad a título personal y pasar a afirmar que en el mundo moderno un Estado perdería también su inmunidad si obrara de igual modo. El Sr. Francis estima que ningún Estado puede despojarse de su carácter público. Por supuesto, no se opone a las excepciones a la norma, pero es esencial ponderar los diversos factores que pueden afectar a todos los países, incluidos los países en desarrollo.

29. El Sr. NI, refiriéndose al artículo 12, dice que desea plantear el problema de la existencia real de excepciones al principio de la inmunidad del Estado. A este respecto, ha tomado nota con interés de la reiterada afirmación del Sr. Ushakov de que un Estado es una entidad soberana que nunca pierde su personalidad pública y que, independientemente de las actividades que realice, siempre actúa *jure imperii.* Sin embargo, personalmente estima que deben proseguirse los esfuerzos encaminados a resolver un problema que preocupa a los juristas desde hace mucho tiempo, sobre todo en los últimos años, ya que los Estados en desarrollo no pueden alcanzar su objetivo si se hallan continuamente sometidos a la jurisdicción de Estados extranjeros desarrollados que se preocupan de proteger sus inversiones en el extranjero. No será necesaria la parte III del proyecto si no se permiten excepciones a la inmunidad de los Estados. Sin embargo, comprende que no es eso lo que pretende el Sr. Ushakov y, por su parte, está dispuesto a considerar aspectos específicos del problema. La estructura del proyecto de artículos y la conveniencia de incluir una lista de sectores de inmunidad y de no inmunidad, y en realidad de « zonas grises », pueden determinarse en una fase ulterior.

30. Por el momento, lo que se ha de determinar es el contenido de una actividad mercantil o comercial ; el artículo 12 no dice nada al respecto. El apartado *f* del párrafo 1 del artículo 2 define dicha actividad como : i) el desarrollo ordinario de un comercio, o ii) una determinada transacción o acto comercial. Pero ¿qué se entiende por « desarrollo ordinario » y por « una determinada transacción o acto comercial »? Diferentes Estados, e incluso diferentes tribunales dentro del mismo Estado, atribuyen diferentes significados a la expresión « actividad mercantil o comercial », como lo prueban abundantemente la doctrina y la jurisprudencia. Al prescribir una norma jurídica que ha de ser observada por los Estados, es esencial tener algo en qué basarse, y si todo se ha de fundar en las sentencias de los tribunales nacionales, el valor del proyecto de artículo disminuirá considerablemente.

31. Hay todavía otra cuestión relacionada con la distinción entre *acta jure imperii* y *acta jure gestionis.* A este respecto, el Tribunal de Casación de Bélgica ha sostenido que la explotación de un ferrocarril estatal es un acto privado [14], mientras que en otros muchos países se considera como un acto público. Rumania estima que el monopolio de tabaco representa un acto privado, mientras que los Estados Unidos estiman lo contrario. Italia estima que la compra de botas militares es un acto privado, mientras que Francia y los Estados Unidos adoptan el criterio opuesto. Lauterpacht ha dado una larga lista de dichas contradicciones en sus escritos, y en las obras jurídicas sobre la materia se refleja la misma divergencia de opiniones. En el curso del debate se han planteado varias cuestiones : por ejemplo, si actividad mercantil o comercial significa o no comercio con ánimo de lucro. ¿Puede llamarse actividad mercantil o comercial a toda transacción con ánimo de lucro? ¿Puede considerarse comercial un monopolio de ciertos productos básicos a los que los gobiernos atribuyan importancia estratégica? Es difícil responder a estos puntos, pero si se deja que esta cuestión dependa únicamente de los fallos de los tribunales nacionales, el número de conflictos será mayor en el futuro. Así pues, los juristas deben cuidar de que se haga justicia.

32. Una tercera cuestión que preocupa a varios miembros de la Comisión se refiere al párrafo 2 del artículo 3, pues, llevando al extremo la importancia que en este párrafo se da a la naturaleza de la transacción, toda transacción podría considerarse como un acto privado ; siempre implicara compra, venta, obtención de beneficios y posiblemente especulación. En el asunto *Berizzi Bros, Co.* c. *S. S. Pesaro* (1925) [15], la Corte Suprema de los Estados Unidos negó que existiera un uso internacional en virtud del cual el mantenimiento y fomento del bienestar público de la población en tiempo de paz no fuera un fin tan público como el mantenimiento o la capacitación de las fuerzas navales. El Sr. Balanda (1710.ª sesión) se ha referido también al asunto belga de *Monnaie* c. *Caratheodory Effendi* [16], en el que el tribunal sostuvo que el criterio de la naturaleza del acto no debía excluir otros factores, en particular la finalidad del acto realizado por el Estado. En un Estado socialista de economía planificada, la actividad mercantil o comercial se realiza siempre en beneficio de la población como colectivo y no en provecho de entidades privadas.

33. El orador señala que estas observaciones obedecen a la idea de que una norma de derecho internacional, como ha dicho el Sr. Díaz González, no puede redactarse sobre la base de una tendencia solamente. El Relator Especial (1713.ª sesión) ha dicho que deben tenerse en cuenta los intereses de todos los países, y en particular los de los países en desarrollo. En realidad, los intereses de los países en desarrollo estriban en hacer valer no sólo su soberanía territorial, sino también, en su caso, su inmunidad soberana respecto de la ju-

---

[14] *Société anonyme des chemins de fer liégeois-luxembourgeois* c. *Etat néerlandais (Ministère du Waterstaat), Pasicrisie belge, année 1903,* Bruselas, Bruylant, t. II, págs. 294, 301 y 302.

[15] *United States Reports Cases Adjudged in the Supreme Court,* Wáshington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1927, volumen 271, pág. 562.

[16] Véase 1710.ª sesión, nota 4.

risdicción extranjera. En este sentido, se ha manifestado en los últimos años una tendencia a una jurisdicción más amplia en la legislación de procedimiento civil. Antes era costumbre presentar la demanda en el lugar donde tuviera su domicilio o realizar su actividad comercial el demandado, pero ahora se suele citar a los demandados a comparecer en el lugar en que reside o efectúa sus operaciones el demandante. Además, en la práctica contractual de los Estados, se exige con frecuencia a los países en desarrollo que firmen contratos en los que renuncian de antemano a su inmunidad. Por esas razones, los Estados en desarrollo deben extremar aún más su vigilancia para evitar verse envueltos en litigios sin medios suficientes para defenderse como es debido.

34. El PRESIDENTE, hablando en calidad de miembro de la Comisión, dice que ante todo desea felicitar al Relator Especial por su labor de investigación, lo que constituye la esencia misma de todo el proyecto de artículos y la solución de transacción que propone y que es, a reserva de inevitables mejoras de redacción, la única que puede obtener una aceptación general. Por su parte, es consciente de las divergencias radicales que separan a los miembros de la Comisión y que estriban en el conflicto entre tres tesis : 1) que hay una norma de derecho internacional que abarca la inmunidad de los Estados en todos los casos, salvo en excepciones claramente demostradas ; 2) que dicha regla existe, pero acompañada de excepciones, demostradas o demostrables, relativas a la actividad mercantil o comercial, y 3) que la inmunidad existe en una serie de casos, pero no en otros, como lo prueba el hecho de que no haya una práctica general.

35. A su juicio, la norma de la inmunidad no existe. Hay una norma, que es la de la soberanía territorial de los Estados, y las consecuencias de las actividades de un Estado en el territorio de otro Estado se prestan a muchas interpretaciones. En el ámbito político, por ejemplo, ¿tiene derecho un Estado extranjero a adoptar medidas para que aquellos de sus nacionales que se encuentran en el territorio de otro Estado participen en elecciones? Muchos países, y en particular los antiguos países coloniales, impugnan ese derecho, mientras que otros lo admiten. ¿Tiene un Estado extranjero derecho a establecer un tribunal en su embajada a fin de juzgar a sus nacionales? Algunos Estados dan una respuesta afirmativa y otros negativa. Suiza, por ejemplo, ni siquiera permite el arbitraje internacional en su territorio sin un permiso concreto de sus autoridades. En el sector económico, algunos Estados no reconocen el derecho de los Estados extranjeros a realizar actividades económicas en su territorio, mientras que otros Estados sí lo reconocen, y otros imponen determinadas condiciones. Estos conflictos son la raíz del problema con el que se enfrenta la Comisión respecto del artículo 11 y su relación con el artículo 6. Pero la inmunidad del Estado se reduce, en definitiva, al problema de las actividades de un Estado, incluidas sus actividades económicas, en territorio extranjero, en el contexto de la legislación del otro Estado interesado. Sea como fuere, existen las tres tesis, y el proyecto de artículos habrá de estructurarse de manera que ninguna de ellas tenga preeminencia.

36. El artículo 12 contiene una referencia al derecho nacional del Estado; es decir, el Estado interesado en cuyo territorio se realiza la actividad. Dada la actual redacción del párrafo 1, cabe preguntarse qué sistema jurídico se utilizará para determinar la actividad mercantil y comercial que puedan realizar los particulares o entidades privadas. En las obras doctrinales pertinentes no hay indicaciones precisas sobre el derecho exacto de los Estados extranjeros a realizar actividades sociales, financieras y comerciales en un territorio distinto del suyo. A juicio del Sr. Reuter, el Relator Especial ha propuesto la formulación adecuada, y en realidad la única posible, aunque muchos miembros de la Comisión insistan en que se dé una descripción exacta y válida para todos del término « actividad mercantil o comercial ».

37. El orador coincide con el Sr. Jagota en que no surge ningún problema en la práctica. Es perfectamente legítimo que los Estados socialistas y semisocialistas prohíban a los Estados extranjeros realizar determinadas actividades en su territorio y, si así lo desean, que les concedan inmunidad a fin de realizar dichas actividades. Si, en relación con una transacción, un país en desarrollo o un país socialista solicita en vano la inmunidad que normalmente concede a otros, puede no aceptar la transacción, pero puede obtener satisfacción mediante acuerdo o de otra forma : el futuro del comercio internacional no depende de la norma que se ha de enunciar en el artículo 12, sino en la promoción del arbitraje comercial internacional practicado tanto por los países socialistas como por los países capitalistas y los países en desarrollo. Por supuesto, si la Comisión formula una norma como la contenida en el artículo 12, un país que se considere lesionado tendrá perfecto derecho a valerse del principio de la reciprocidad.

38. El párrafo 2 del artículo 12 requiere algunas aclaraciones y modificaciones. El orador está convencido de que dos Estados pueden someter sus transacciones a un sistema determinado de derecho interno. Algunos países en desarrollo han celebrado contratos en un tercer Estado a fin de someter algunas de sus relaciones al derecho de ese país, y no han abordado la cuestión de la aceptación de la jurisdicción. En consecuencia, espera que el texto se redacte cuidadosamente a fin de preservar la libertad de los gobiernos. En realidad, muchos países son suficientemente prudentes para aceptar recurrrir al derecho privado de un tercer país. Incluso un Estado muy industrializado, cuando necesita dinero y hace un empréstito, no tiene demasiado en cuenta sus prerrogativas y se contenta con recurrir al derecho privado, sin adoptar la iniciativa de plantear el problema de la jurisdicción.

39. El Sr. McCAFFREY, refiriéndose a las observaciones hechas por el Sr. Francis, dice que existe cierto paralelismo entre las leyes de los Estados Unidos *Court of Claims Act* [17] y *Foreign Sovereign Immuni-*

[17] *United States Code, 1976 Edition,* Wáshington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1977, vol. 8, título 28, cap. 7, pág. 171.

ties Act (ley sobre las inmunidades de los Estados extranjeros) [18], pero sólo en la medida en que la *Court of Claims Act* permite que los ciudadanos presenten demandas contra el Gobierno Federal de los Estados Unidos. Este y otros procedimientos administrativos, en virtud de los cuales los particulares pueden impugnar la acción del gobierno, indican que hay cierta tendencia a desviarse del concepto de inmunidad soberana absoluta, pero no cree que la evolución vaya más allá. La finalidad de la ley sobre las inmunidades de los Estados extranjeros es orientar respecto de las circunstancias en las que se puede demandar a Estados extranjeros ante tribunales de los Estados Unidos, función que anteriormente realizaba el Departamento de Estado, aunque en una forma mucho menos oficial que en algunos otros países. De ahí que no pueda decirse que se trata a los Estados extranjeros como el Gobierno Federal de los Estados Unidos por lo que respecta a litigios promovidos por particulares. Tanto la práctica interna como la práctica con respecto a los gobiernos extranjeros reflejan la necesidad de permitir que los particulares ejerzan una acción contra los gobiernos, pero puede también aducirse que reflejan la idea de que no ha existido nunca inmunidad para los gobiernos respecto de ciertos tipos de acción

Se levanta la sesion a las 13 horas

[18] Vease 1709 ª sesion, nota 13

1730.ª SESIÓN

Viernes 18 de junio de 1982, a las 10 05 horas

Presidente Sr Paul REUTER

Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes *(continuación)* [A/CN.4/340 y Add.1 [1], A/CN.4/343 y Add.1 a 4 [2], 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 ESPECIAL [3] *(conclusión)*

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

ARTICULO 12 (Actividad mercantil o comercial) [4] *(conclusión)*

1 El Sr. RIPHAGEN señala que le ha impresionado la calidad del debate, que ha demostrado que los juristas internacionales tienen un interés común en promover las relaciones pacíficas y armoniosas entre los Estados No obstante, le preocupa la situación que se plantea cuando los juristas internacionales han de tratar del tema actual con juristas nacionales, que se preocupan muy poco por la inmunidad del Estado a la que consideran poco menos que como una causa de injusticia. Por ejemplo, si una compañía ha vendido mercancías a un Estado extranjero, no recibe el pago de las mismas y después se le dice que no puede demandar al Estado extranjero ante los tribunales, se considerará víctima de una injusticia y por último solicitará el pago al gobierno de su país. Un caso de este tipo demuestra que hay pocas posibilidades o ninguna de conseguir que los abogados nacionales adopten una actitud comprensiva hacia la inmunidad de los Estados.

2 El Sr BARBOZA desea en primer lugar agradecer al Relator Especial los laudables esfuerzos que ha realizado para presentar a la Comisión los elementos de juicio que le permitirán examinar un tema tan importante y, llegado el caso, adoptar decisiones sobre la materia.

3. Como han señalado varios miembros de la Comisión, el artículo 11 ha de leerse junto con el artículo 6, aunque en realidad se ha estimado repetitivo porque reitera la disposición del artículo 6. Pero no es así. El artículo 11 enuncia sin equívoco el principio general, la regla general, de la inmunidad del Estado, haciendo de la no inmunidad una excepción. El artículo 6, por el contrario, no está muy claro y, en consecuencia, debería modificarse de forma que reflejase mejor ese principio general, esa norma general, o al menos esa tendencia general que se advierte desde hace tiempo en las relaciones internacionales. Se impone esa modificación porque la excepción, en otras palabras, la no inmunidad, debe interpretarse de forma restrictiva. Y también porque si la inmunidad constituye la excepción incluso en la legislación del Reino Unido y de los Estados Unidos de América, que van a la cabeza de la tendencia que interpreta de forma restrictiva la inmunidad de los Estados, la Comisión no debe escoger una fórmula que restringe aún más esa inmunidad.

4 El artículo 12 constituye la clave del proyecto de artículos y las opiniones divergentes que se han emitido al respecto reflejan simplemente, de alguna forma, las divisiones actuales de la doctrina en la materia. A su juicio, la Comisión debe tratar de elaborar un proyecto que, en la práctica, facilite el comercio exte-

---

[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 immunites juridictionnelles des Etats et de leurs biens* (publicacion de las Naciones Unidas, N º de venta E/F 81 V 10)

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

[4] Vease el texto en 1728 ª sesion, parr 7