

4.—La aplicación de las recomendaciones, durante el plazo de cinco años que se ha fijado a la vigencia del Acta, proporcionará la experiencia para decidir si al cabo de ese lapso han de continuar en vigor las mismas estipulaciones o si en caso necesario hay que hacer las modificaciones que la práctica aconseje. En previsión de cualquier contingencia, México ha reservado totalmente los derechos que le corresponden conforme al Tratado de 1944 y a los principios aplicables de derecho internacional.

5.—Las medidas correctivas han sido aprobadas por el señor presidente Díaz Ordaz después de haber contado con la opinión favorable de los

secretarios de Agricultura y Ganadería y de Recursos Hidráulicos, así como del Comité de Defensa del Valle de Mexicali.

6.—Ahora que se ha llegado a un entendimiento satisfactorio con los EE. UU. acerca de esta larga y compleja controversia, no hay inconveniente en declarar que es propósito del señor presidente Díaz Ordaz que se acelere el programa que elabora la Secretaría de Recursos Hidráulicos para la rehabilitación del Distrito de Riego del Valle de Mexicali. Este programa será incluido entre los de carácter urgente y alta prioridad que el gobierno someterá a las instituciones internacionales de crédito para solicitar apoyo financiero.

Anotaciones sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado comerciante

Ningún Estado puede ejercer jurisdicción sobre otro Estado. En virtud de esta regla inconcusa del Derecho Internacional Común, los Estados no se hallan obligados a comparecer como demandados ante un tribunal extranjero, a menos que se sometan voluntariamente a su jurisdicción.

Los principales problemas prácticos motivados por este principio se originan en las actividades comerciales internacionales emprendidas por los Estados, sea directamente, valiéndose de su propia personalidad jurídica, sea indirectamente, por medio de empresas dotadas de personalidad de derecho público o de derecho privado.

Es éste el aspecto específico que nos proponemos examinar en seguida. Si un Estado o una empresa pública o privada controlada por el Estado, ha formalizado una operación comercial con un particular extranjero y es demandado por este último ante tribunales foráneos: ¿Cuál es el destino de la excepción de la inmunidad deducida por ese Estado o esa empresa?

Las líneas que siguen sólo tienen por objeto abordar precisamente ese problema, sin aludir a ciertos factores incidentales como la renuncia a la inmunidad, la carencia de reconocimiento internacional o la inmunidad frente a la

CLAUDIO BONNEFOY

(Profesor de Derecho Internacional Público).

ejecución, cualquiera que pueda ser su gravitación en determinados casos concretos. El tema será abordado de acuerdo con la siguiente pauta:

- I) La inmunidad de jurisdicción ante la doctrina.
- II) La participación del Estado a través de empresas estatales o privadas.
- III) El estado de la jurisprudencia interna, y
- IV) Conclusiones.

I) La inmunidad de jurisdicción ante la doctrina

El pensamiento doctrinal se ha dividido tradicionalmente en dos grandes vertientes, afirmando la inmunidad estatal absoluta y sin restricciones, la primera, y limitándola para una cierta categoría de actos, la otra.

A) *Teoría de la inmunidad absoluta.*— Como lo sugiere su nombre, propugna la inmunidad estatal irrestricta, esto es, para toda ocasión en que se intente proceso en su contra ante un tribunal extranjero, cualquiera que sea la finalidad o la naturaleza jurídica de la operación que ha dado origen al litigio. Dicho de otro modo, la inmunidad debe ser reconocida por la sola circuns-

tancia de que las personas o los bienes del Estado aparezcan envueltos en una controversia, sin entrar en mayores distinciones.

Su fundamento es claro. La sujeción del Estado a los tribunales de otra nación, abogan sus defensores, echaría por tierra el principio esencial de la independencia, el cual es un imperativo nacido de la mera coexistencia en el seno de la comunidad internacional, formada por la yuxtaposición de Estados jurídicamente iguales.

Cabe, no obstante, formular algunas reservas frente a este planteamiento teórico. No es evidente, en efecto, que los legítimos derechos a que puede aspirar un Estado invocando su independencia jurídica y política frente a otro, sean realmente afectados por el solo hecho de someterse a la jurisdicción de tribunales extranjeros cuando la actividad que ha engendrado el entredicho no reviste un carácter político. No puede negarse que en la actualidad, cuando los Estados aceptan en un creciente número de países someterse a la jurisdicción de sus propios tribunales, la prolongación desmesurada de los conceptos de independencia y dignidad nacionales semejan resabios provenientes de períodos históricos hoy superados. Y, por lo demás, es menester admitir que la dignidad nacional se halla mejor defendida mediante la voluntaria sumisión del Estado a la jurisdicción de un tribunal extranjero imparcial que por su rechazo arbitrario e inmotivado.

B) Teoría de la inmunidad relativa.— Reposa sobre la tradicional distinción entre actos *iure imperii* y *iure gestionis*, bien analizado en el Derecho Interno. En conformidad con este punto de vista, los Estados sólo podrían invocar la inmunidad tratándose de operaciones realizadas en su calidad de sujeto de Derecho Público, asimilándose a los particulares respecto de aquellas concluidas en su capacidad de Derecho Privado.

El cometido del Estado, dicen quienes defienden este enfoque, es el de gobernar, esto es, de ejercer sus funciones legislativas, judiciales y ejecutivas, para lo cual es indispensable que se le reconozca la necesaria independencia, materializada en el plano procesal en la excepción de inmunidad de jurisdicción. Pero si el Estado, agregan, prolonga sus actividades al terreno comercial, que es

aquel en que se desenvuelven los simples particulares, ya no requiere la inmunidad, la cual debe serle negada sin que sea necesario examinar si el Estado renunció a ella al formalizar la operación.

Su aplicación a problemas concretos, sin embargo, plantea interrogantes de difícil respuesta, debido a la extrema dificultad que existe en la determinación exacta del criterio jurídico que separa a los actos *iure imperii* de los actos *iure gestionis*.

1.—Surgen, sobre este punto, dos grandes corrientes de opinión. Hay quienes sostienen que el criterio distintivo radica en la *finalidad* de la operación. Así, si un Estado encarga a un particular de un país extranjero la construcción de un barco de guerra, se trataría de un acto *iure imperii*; pero si ese mismo Estado encarga, en idénticos términos, la construcción de un barco mercante, trataríase de un acto *iure gestionis*.

2.—Otros autores, en cambio, ven en la *naturaleza del acto jurídico* que dio origen a la operación el único criterio distintivo que puede llegar a suprimir toda incertidumbre. De este modo, si se trata de un acto de derecho privado, un contrato, por ejemplo, se estaría en presencia de una operación *iure gestionis* para la cual la comunidad sería impropia. Siguiendo este criterio, entonces, si el Estado A encarga al Estado B la construcción de un barco de guerra, trataríase de un acto *iure gestionis*; pero si ese navío, una vez entregado, surca las aguas territoriales del Estado B, estaría realizando un acto *iure imperii*.

Esta distinción basada en la naturaleza del acto, de fácil formulación abstracta y que puede proporcionar una adecuada solución para los problemas planteados en el Derecho Interno, conduce en el plano internacional a resultados que en ciertas ocasiones repugnan a los Estados interesados. Así, el arriendo de un local para establecer la sede de una Embajada, por ejemplo, o la adquisición del vestuario para las Fuerzas Armadas, deberían ser consideradas simples operaciones de Derecho Privado que no dan origen a la inmunidad. Y no todos los Estados aceptan estas consecuencias sin una abierta resistencia. Hay en el orden internacional, entonces, una

dimensión extrajurídica que dificulta sobremanera la transposición de soluciones que en el Derecho Interno se presentan claras y eficaces.

Es importante destacar los efectos de la aplicación del criterio derivado de la naturaleza del acto. Supone, a la postre, que la operación escapa a la órbita del Derecho Internacional Público y es llevada al terreno del Derecho Internacional Privado. Una vez establecida su competencia, el tribunal determinará la legislación aplicable al fondo de la controversia, con lo cual la falta de inmunidad sólo contribuye a radicar el litigio ante un tribunal extranjero, pero no prejuzga en modo alguno sobre la ley aplicable al fondo, la cual será determinada por el tribunal competente.

3.—La dificultad experimentada por algunos tribunales para acoger definitivamente alguno de los dos criterios expuestos (1), y la problemática aceptación de algunas de las consecuencias resultantes de su aplicación a casos concretos, conduce a interrogarse sobre la conveniencia de plantear de diversa manera la distinción entre actos *iure imperii* y *iure gestionis* en el plano internacional.

Parece razonable partir de la base de que en los tiempos actuales el comercio internacional debe ser estimulado, cercenando la arcaica inmunidad absoluta del Estado y otorgando a los particulares extranjeros que contratan con él la certeza de que será posible proceder judicialmente en su contra en caso de incumplimiento de alguno de los deberes nacidos de la operación. La limitación de la inmunidad estatal no tiene por objeto sino conciliar los derechos de los particulares que contratan con Estados extranjeros, con la misión de gobernar que gravita sobre estos últimos, sin tener que dar cuenta de ello ante tribunales foráneos.

Con tal finalidad, resulta deseable categorizar los actos que dan lugar a la inmunidad sin recurrir a criterios generales, cuyo alto nivel de abstracción los

hace aparecer como inadaptables a algunos problemas internacionales concretos, en los cuales el elemento político constituye un factor que torna inutilizables las soluciones puras destinadas a resolver los mismos problemas cuando ellos se plantean en el Derecho Interno. En tales condiciones, ¿no sería conveniente sustituir dichos criterios generales por una simple indicación, concreta y precisa, de las categorías de actos para los cuales subsiste la inmunidad? Podría argumentarse que esa indicación, como quiera que necesariamente debe poseer un enunciado genérico, va a dejar subsistente un buen número de problemas prácticos situados en el límite mismo de cada categoría. No pensamos que así sea, recordando que la inmunidad es una clara derogación de la regla general de la plena jurisdicción de los tribunales locales, por lo cual dicha derogación, de carácter excepcional, debe ser interpretada restrictivamente. En los casos dudosos, entonces, los tribunales estarían en la obligación de rechazar la alegación de inmunidad.

Esta afirmación está en armonía, por lo demás, con la tendencia imperante en la mayoría de los ordenamientos internos, en los cuales el Estado, abandonando sus antiguas prerrogativas, puede contraer responsabilidad frente a sus súbditos y ante sus propios tribunales (2).

Dando un paso más, no resulta difícil determinar el principio general en torno al cual debe centrarse la señalización de categorías de actos beneficiarios de la inmunidad. Considerando la misión del Estado, la enumeración debe quedar limitada a aquellos actos que incidan directamente en el ejercicio de sus funciones legislativas, judiciales y ejecutivas, y no son otros que:

(1) "Las dificultades conceptuales envueltas en la formulación de un método que permita diferenciar satisfactoriamente los actos *iure imperii* de los actos *iure gestionis* han inducido a numerosos autores a declarar que la distinción es impracticable" (*Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes*, U. S., Ct. App., 2nd. Cir., Sept 9, 1964).

(2) "En todas las naciones civilizadas ha surgido una tendencia progresiva que permite perseguir al soberano ante sus propios tribunales, especialmente en Inglaterra en virtud del *Crow Proceedings Act* de 1947. Los soberanos extranjeros no debieran encontrarse en una situación diferente. No existe razón alguna para que otorguemos a los servicios o a las organizaciones de Estados extranjeros una inmunidad que no concedemos a los nuestros, bajo la reserva de que el objeto del litigio sea sometido a la jurisdicción de nuestros tribunales y pueda ser regularmente juzgado por ellos." (Lord Denning, en su opinión disidente en el *Asunto Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad*, 1958).

- a) Los actos legislativos.
- b) Los actos ejecutivos.
- c) Los actos relativos a la actividad diplomática.

Esta enumeración tiene una característica particular: No se basa sólo en un criterio jurídico puro, el de la naturaleza del acto, expresado en las categorías a) y b), sino que tomando en consideración los peculiares requerimientos de las relaciones internacionales, introduce una tercera categoría que, a diferencia de las anteriores, reposa en el criterio de la finalidad de la operación. De este modo, se desecha una posible solución basada únicamente en un principio, recogiendo, en cambio, todos aquellos elementos que responden adecuadamente a las exigencias del orden internacional. La categoría c), en suma, acoge aquellos actos que por su naturaleza no podrían dar lugar a la inmunidad pero cuyo alcance internacional los inserta en el ejercicio de una actividad política, por lo cual no es conveniente rehusarles a priori la posibilidad de originar la inmunidad.

Y los casos dudosos, decíamos, pueden ser resueltos aplicando el principio general de la jurisdicción de los tribunales locales.

Aspecto, este último, que permite sintetizar todo lo anterior de esta manera: El Estado no goza de inmunidad ante los tribunales extranjeros sino para las siguientes categorías de actos: a) legislativos; b) ejecutivos, y c) los relativos a la actividad diplomática.

II) La participación del Estado a través de empresas estatales o privadas

1.—El examen precedente supone que el Estado ha actuado directamente, emprendiendo sus actividades con su propia personalidad jurídica. ¿Qué sucede si con el fin de lograr una mayor agilidad operativa actúa a través de entidades dotadas de personalidad jurídica propia? ¿Pueden estas personas de Derecho Público, distintas del Estado, invocar la inmunidad que en mayor o menor grado se reconoce a este último?

La respuesta debe tomar en consideración la circunstancia de que la creación de personas jurídicas es sólo una técnica, como cualquiera otra encaminada a lograr ciertos fines. Cuando un

Estado se propone participar en el comercio internacional tiene ante sí varias alternativas, entre ellas, la de hacerlo con su propia personalidad jurídica o bien creando otras, las cuales también podrán realizar operaciones actuando *iure imperii* o *iure gestionis*. De este modo, el hecho de que un Servicio Público tenga una personalidad jurídica propia y que otro no la pasea no altera, en este aspecto, las bases esenciales del problema.

De ahí, entonces, que la sola constitución de una persona pública distinta del Estado no sea argumento suficiente para negarle a priori la inmunidad que se reconoce a éste. Y la medida en que será posible admitir esa inmunidad dependerá, al igual que para el Estado, de la capacidad en que la persona pública desarrolle sus operaciones. (3)

2.—Es necesario aludir brevemente a la participación en el comercio internacional de personas jurídicas de Derecho Privado, cuando ellas sirven de agentes comerciales del Estado.

Está claro que en estos casos aparece de manifiesto la intención estatal de actuar únicamente en el campo del Derecho Privado, sin hacer de sus agentes un Servicio Público, por lo cual esta persona jurídica, aunque se halle controlada por el Estado, no posee un estatuto legal diferente del aplicable al resto de las personas privadas. El simple control estatal de una empresa privada no da lugar a la inmunidad.

Estas observaciones adquieren evidente importancia práctica frente al comercio entre países socialistas y países de economía libre. En los primeros, en efecto, el comercio internacional suele desarrollarse por intermedio de empresas estatales dotadas de personalidad propia, las cuales no disfrutaban de inmunidad si actúan en el campo del Derecho Privado, en los mismos términos en que lo hace una persona privada en las naciones de economía libre. De ahí que unas y otras, al actuar en un mismo plano, el Derecho Privado, no pueden invocar la inmunidad de jurisdicción.

(3) Los tribunales británicos han proporcionado una buena ilustración de esta situación en el fallo recaído en *Baccus S. B. L. v. Servicio Nacional del Trigo* (Ct. of App., Oct. 31, 1956).

III) El Estado de la jurisprudencia interna

Luego de la Primera Guerra Mundial, los tribunales internos, que hasta entonces habían favorecido la teoría de la inmunidad absoluta, comenzaron a observar con interés la posibilidad de limitarla, convergiendo progresivamente hacia la teoría de la inmunidad relativa a lo largo de un proceso evolutivo que hasta hoy aún no ha concluido. En la época actual es dable advertir una seria diversidad de criterios entre los tribunales de distintas naciones, tanto en lo que toca a la extensión de la inmunidad, como a la determinación de la esfera de actos iure gestionis.

A) *Estados Unidos de América*.—Sabido es que el pronunciamiento de los tribunales norteamericanos sobre asuntos internacionales está supeditado a la posición adoptada por el Poder Ejecutivo, encargado de la conducción de las relaciones exteriores.

El pensamiento de este último frente al problema general de la inmunidad de jurisdicción ha sido precisado en la llamada "Tate Letter", de 19 de Mayo de 1952, en la cual se declara que la política del Departamento (de Estado) será, en lo sucesivo, la de seguir la teoría restrictiva de la inmunidad de los Estados en el examen de las peticiones formuladas por los Gobiernos extranjeros para obtener la inmunidad".

Hasta ese momento, la Corte Suprema Federal reconocía al Estado extranjero una inmunidad sin limitaciones. Con posterioridad a la Tate Letter, la decisión recaída en el asunto *Republic of China et al. v. National City Bank of New York* (1955), en la cual la Corte Suprema rechazó la excepción de inmunidad opuesta por el Gobierno demandante que deseaba recuperar una suma de dinero depositada en el Banco demandado, invocando luego la inmunidad frente a una reconvencción, marca un importante viraje en la jurisprudencia norteamericana hacia la aceptación de la inmunidad relativa. No obstante, no puede sostenerse en la actualidad que los tribunales norteamericanos hayan abandonado por completo la teoría de la inmunidad absoluta (4).

B) *Reino Unido*.—No conocemos ningún fallo en la cual la Cámara de los Lores haya debido pronunciarse directamente sobre el problema de la inmunidad estatal. Sólo lo ha abordado de manera incidental en el asunto *Cristina* (1958), en el cual los jueces expresaron puntos de vista antagónicos. En el asunto *Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad* (1958), Lord Denning abogó —también incidentalmente— por la negación de la inmunidad, con importantes excepciones y calificaciones, en tanto que los otros jueces se limitaron a declarar que no adherían a ese punto de vista.

Las Cortes de Apelaciones, por su parte reconocen al Estado extranjero una inmunidad sin limitaciones, absoluta (*The Parlement Belge*, 1880; *Krajina v Tass Agency*, 1949; *Baccus S. R. L. v. Servicio Nacional del Trigo*, 1957).

C) *Francia*.—Luego de haber aceptado, al promediar el siglo XIX, la inmunidad estatal absoluta, la jurisprudencia francesa distingue, desde hace unos 35 años, entre actos iure imperii y iure gestionis, reservando la inmunidad sólo para aquéllos. Esta orientación fue esbozada por vez primera en relación con la actividad en Francia de la Representación Comercial soviética (*Cass. Req.*, 19 de febrero de 1929, *U. R. S. S. c. Association France-Export*).

Se advierte, sin embargo, una abierta discrepancia entre los tribunales en torno a la calificación de los actos iure imperii. Así, mientras algunas Cortes de Apelaciones siguen el criterio de la naturaleza del acto (*Société Bauer-Marchal et Cie. c. Gouvernement turc*, Cour d'Appel de Rouen, 10 de febrero de 1965; *Clerget c. Représentation Commerciale de la République démocratique du Viet-Nam*, Cour d'Appel de Paris, 11 de Enero de 1965), la Corte de Casación parece preferir el criterio de la finalidad de la operación (*Guggenheim c. Etat du Viet-Nam; Société Bauer et Marchal et Cie. c. Ministre des Finances de l'Etat turc*, Cass. Civ., 19 de Diciembre de 1962).

D) *Alemania*.—Hasta 1945, los tribunales alemanes otorgaron la más absoluta inmunidad a los Estados extranjeros. Desde esa fecha la niegan en aquellos casos en que el Estado actúa iure gestionis. Así lo ha confirmado la Se-

(4) Vid: *American Journal of International Law*, 1965, vol. 59 (3), pg. 656.

gunda Sala de la Corte Constitucional Federal en dos recientes fallos, de fechas 30 de Octubre de 1962 y 30 de Abril de 1963.

E) Aceptan el criterio de la inmunidad relativa los tribunales de Italia, Bélgica, Suiza, Austria, Grecia, Egipto, Jordania. La jurisprudencia de los Países Bajos, Suecia y Canadá no es uniforme en este mismo sentido.

F) La inmunidad ilimitada es aceptada por los tribunales del Reino Unido, en los términos ya examinados, de Filipinas, Japón y naciones de Europa Oriental.

IV) Conclusiones

Lo expresado hasta aquí puede reducirse a los siguientes términos:

1) No hay vigencia, en la actualidad, ningún tratado colectivo de vocación universal que precise la extensión de la inmunidad de jurisdicción de los Estados. No puede invocarse, a este respecto, el artículo 31 a) de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961), porque dicha disposición se refiere a la inmunidad personal del diplomático, problema que no puede ser asimilado al de la inmunidad estatal.

2) Los diversos tratados bilaterales y colectivos de alcance limitado referentes a esta materia se basan en un mismo principio: La conservación de la inmunidad sólo para los actos *iure imperii*. Esta parece ser, entonces, la tendencia ampliamente predominante en la práctica estatal (v. g., art. XVIII del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación suscrito entre Estados Unidos y la República Federal Alemana, 1954).

En los tratados comerciales bilaterales firmados por la Unión Soviética, ésta se somete expresamente a la jurisdicción de los tribunales locales, inclusive en lo que atañe a la ejecución de los fallos.

3) El examen de la jurisprudencia demuestra que hasta el segundo decenio del siglo actual, en una época en que el comercio internacional no había alcanzado el desarrollo de hoy, los tribunales internos —con pocas salvedades— aceptaban el principio de la inmunidad absoluta. La evolución que se advierte desde esa fecha es muy variable de un país a otro y se encuentra subordinada a un cierto número de factores, como son la necesidad de los “certificados del Ejecutivo” o el grado de libertad de que gozan los tribunales para cambiar por completo la orientación de su jurisprudencia. La gran mayoría de los tribunales nacionales ha adoptado el principio de la inmunidad limitada, basándose en la distinción entre actos *iure imperii* y *iure gestionis*. La tendencia predominante indica que un Estado extranjero que actúa directamente o por intermedio de una empresa pública no puede disfrutar de la inmunidad de jurisdicción en las controversias surgidas a propósito de sus actividades comerciales.

Subsiste, no obstante, un incómodo desacuerdo en torno al principio distintivo entre ambas categorías, debido, por lo menos en parte, a la reticencia de los Estados para someterse integralmente a los criterios tradicionales de la finalidad de la operación o de la naturaleza del acto.

4) Una posible forma de salvar el problema consiste en enunciar las categorías concretas y precisas de actos que dan lugar a la inmunidad, sobre la base de un criterio *mixto*, que acoja, siquiera parcialmente, las reservas de los Estados frente a las soluciones pregonadas en el Derecho Interno.

5) Finalmente, la teoría de la inmunidad limitada ha sido acogida por un gran sector de la doctrina contemporánea, así como por instituciones científicas tales como la Harvard Research (1932); la Asociación de Derecho Internacional (1952) y el Instituto de Derecho Internacional (1952 y 1954).