

INMUNIDAD DE JURISDICCION Y DE EJECUCION DEL ESTADO QUE REALIZA ACTIVIDADES COMERCIALES

*Hugo Llanos M. **

Uno de los problemas más serios nacidos de la nacionalización chilena del cobre de 1970, fueron las múltiples acciones legales que se interpusieron contra el Estado de Chile ante los tribunales europeos, por las compañías americanas afectadas que reclamaban derechos sobre los embarques de cobre que realizaba la Corporación del Cobre, órgano a través del cual el Estado de Chile comercializaba dicho mineral. La Corporación actuaba como un órgano estatal chileno, con lo que generaba el problema de si quedaba o no afecta a la inmunidad de jurisdicción que beneficia al Estado cuando es demandado ante un tribunal extranjero.

Desde un punto de vista más general, el presente artículo se propone exponer el estado actual de la práctica internacional en materia de inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado que realiza actividades comerciales.

Cabe observar que la tendencia del derecho internacional referente al problema de inmunidad del Estado que realiza actividades comerciales derivan, en su mayor parte, de la práctica judicial y administrativa de los diferentes Estados que integran la comunidad internacional.

Como consecuencia de ello, es fácil constatar que dicha práctica varía de Estado a Estado, y de época en época, por lo que se puede asegurar en general, que ella no ha sido armónica ni uniforme. Además, y como consecuencia de lo anterior, la opinión de los tratadistas que se han preocupado del tema, revelan una clara y abierta divergencia, por lo que tampoco es posible afirmar que exista un acuerdo sobre el particular.

Una primera conclusión que se puede formular al respecto es *que no hay un principio generalmente aceptado de derecho internacional relativo a la inmunidad del estado* aunque hay una marcada tendencia hacia la inmunidad restringida de jurisdicción.

Tal vez en pocos campos del derecho internacional existe una práctica judicial de mayor divergencia como la referente al de la inmunidad

* Profesor Titular, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile; Profesor de Derecho Internacional, Universidad de Chile. Trabajo realizado con el patrocinio de la Oficina Coordinadora de Investigaciones Prof. Jaime Eyzaguirre, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile.

estatal. Además, los puntos de vista contradictorios de los diferentes tratadistas que se han preocupado del tema, ayuda poco para encontrar una norma coincidente en este campo. La ausencia de una codificación sobre el particular, confunde aún más el problema legal.

La doctrina de la inmunidad absoluta del estado que pudo considerarse como un principio de derecho internacional en el siglo XIX, ha dado paso a otras doctrinas que no adoptan criterios claros y precisos en su formulación, lo que ha dado lugar a una práctica judicial confusa.

Por lo anterior el presente artículo tratará de reflejar aquellas conclusiones que es posible deducir de tendencias que emanan de una práctica más o menos coincidente de los diferentes estados que integran la comunidad internacional.

El autor desea establecer que sus conclusiones las ha adoptado dentro de la siguiente perspectiva: todas las normas actualmente prevalentes en el derecho internacional fueron desarrolladas principalmente por los países de Europa Occidental. Tratadistas como Wheaton, Phillimore, Oppenheim, Fauchille, las consideraron aplicables únicamente a las potencias europeas. En efecto, los países afroasiáticos y los latinoamericanos, colonizados como han sido, no han tenido intervención alguna en su formulación. El profesor Julius Stone, usando el término "deudor", en su significado más amplio, sostiene que estos estados han comenzado su existencia en la posición de "deudor" bajo el orden legal internacional tradicional.

La escena internacional demanda moldear al derecho internacional tradicional de acuerdo a sus nuevas necesidades.

Ello se refleja por ejemplo en sus requerimientos en la esfera de la responsabilidad internacional de los estados, de la sucesión de estados del derecho del mar, de los tratados desiguales, etc.

Es en esta perspectiva, que debemos considerar el presente artículo respecto a la inmunidad de jurisdicción, y considerar si las tendencias del derecho internacional en este campo reflejan *realmente*, los intereses de países en proceso de desarrollo como es el caso de Chile.

I. INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN: LA DOCTRINA

1. *Teoría de la Inmunidad Absoluta*

No fue sino en el siglo XIX que la doctrina de la inmunidad absoluta estatal fue reconocida en la práctica en la mayoría de los estados. En los países del "Common Law" esta doctrina fue influenciada por la inmunidad de que goza el poder soberano, expresada en la máxima inglesa "The King cannot be sued in his own courts". Demandar al soberano era constitucionalmente imposible. En tanto el Rey personificaba al estado, los

tribunales que formaban parte del gobierno central del estado no podían lógicamente ejercer jurisdicción sobre él, en cuyo nombre podían solamente actuar.

En el primer caso inglés relativo a la inmunidad de un soberano extranjero y sus propiedades —*The Prince Frederik*— la corte declinó su jurisdicción basándose en que el estado extranjero personificado en su soberano, era igualmente soberano e independiente, y el juzgarlo insultaría su “real dignidad”.

Los principios clásicos de esta doctrina, se encuentra en la noción de la “soberanía estatal”, y se plantea en todos los casos en que la persona o bienes de un estado soberano son objeto de un juicio ante los tribunales de otro estado soberano.

De acuerdo a la teoría clásica de la inmunidad absoluta un estado soberano no puede, sin su consentimiento, ser sometido a la jurisdicción de otro estado soberano.

Los principios clásicos de esta doctrina serían formulados, por el juez Marshall (que los derivó de Vattel) en el caso *Schooner Exchange v. Mac Fadden* (1812) en el cual sostuvo la completa independencia e igualdad de derechos de los estados soberanos, los cuales pueden entrar a territorio extranjero, bajo expreso consentimiento, en la confianza que le serán extendidas las inmunidades que le pertenecen en su carácter soberano.

Es lo que Lapradelle expresaba diciendo que la igualdad soberana de los estados independientes no les permite comparecer ni como demandados ni como demandantes ante los tribunales de otro estado.

El Juez H. Lauterpacht distingue los siguientes argumentos en que basan su defensa los partidarios de la inmunidad absoluta¹.

1º Principio de Independencia, Igualdad y Dignidad de los Estados. Asumir jurisdicción sobre los estados extranjeros equivale a ejercer *imperium* sobre ellos, desconociendo así normas fundamentales del derecho internacional. De acuerdo a este principio de la independencia, siendo todos los Estados iguales ninguno puede estar sujeto a la jurisdicción de otro, sin renunciar a un derecho fundamental. Esta tesis refleja la teoría desarrollada desde Bodin hasta Hegel de que la ley nace de la soberanía, y que entre iguales, si no hay acuerdo, no hay sometimiento. Esta teoría de la inmunidad absoluta, aceptada ampliamente por los tratadistas del siglo XIX, hoy sólo cuenta a favor con una minoría de ellos. Entre otros, Nys Kholer, Pitt Cobbet, Anzilotti y Fitzmaurice.

¹ H. Lauterpacht, *El problema de la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados Extranjeros*, 8 BRITISH YEAR BOOK OF INTERNATIONAL LAW 221 (1951).

La sentencia del Juez Marshall *Schooner Exchange v. Mac Fadden* no puede fundamentar el principio de la inmunidad estatal sino que otorga validez al principio de la plena jurisdicción del estado territorial.

Así, establece, que cualquiera inmunidad del estado extranjero proviene de una renuncia de la inmunidad del estado territorial.

El principio de independencia e igualdad no se menoscaban si un estado se somete a la jurisdicción de otro que aplica, en forma inobjetable e imparcial, su propia ley. Sería menoscabar la independencia e igualdad de este último si el estado extranjero no se somete a su legislación cuando ha realizado actos jurídicos en su territorio.

El principio de la dignidad nació de los tribunales de EE. UU. en que la inmunidad de la jurisdicción de los Estados de la Unión era referida a la dignidad de éstos. Incluso los tribunales de EE. UU. han basado en el concepto de dignidad, la inmunidad de jurisdicción de los estados extranjeros en materia de tributación.

Un estado no es afectado más en su dignidad al someterse a la ley de un país extranjero, aplicada imparcialmente, que a su propia ley. Un estado no afecta la dignidad de otro al exigirle el cumplimiento de su legislación, si amparada en ésta, celebra contratos o si atenta contra ella mediante la comisión de delitos.

2° La norma de inmunidad es válida y obligatoria en su carácter de regla consuetudinaria de derecho internacional.

3° El ejercicio de la jurisdicción, aunque se limite a los actos *jure gestionis* no pasa de ser un gesto nominal, ya que de acuerdo a la ley vigente no puede "ejecutarse" a un estado extranjero.

4° La única alternativa a esta doctrina, ha sido la basada en el *distingo* entre actos *jure gestionis* y actos *jure imperii* la que en la práctica ha sido imposible de aplicar.

5° Que no debe causar preocupación relacionar el problema de la inmunidad de jurisdicción con la actividad del estado en el campo económico por ser ésta una etapa transitoria de la vida de los estados.

El argumento de más peso de esta teoría ha sido que la alternativa a la "inmunidad absoluta" es la "no inmunidad" y que no existe un criterio práctico para limitar la extensión de la inmunidad. Es así que Gerald Fitzmaurice afirma: "a nuestro juicio la distinción entre actos soberanos y no soberanos de un estado es arbitrario y poco realista y no resulta fácil de aplicar en la práctica. Además, resultaría todavía más difícil de aplicar si los estados se preocuparan de tomar las medidas apropiadas. Por otra parte, es una distinción que crea una especie de tierra de nadie respecto de los actos que pueden considerarse pertenecientes a cualquiera

de las dos categorías. La conclusión parece ser que lo único racional es adherir estrictamente a la doctrina de la inmunidad total”².

El principio de que sería atentatorio contra la dignidad de los soberanos extranjeros quedar sometido a la jurisdicción de un país extranjero, ha quedado sin valor práctico desde que muchos soberanos se someten a sus propios tribunales. Así, en Gran Bretaña, la Crown Proceeding Act de 1947 ha permitido a los particulares utilizar los recursos legales ordinarios contra la corona y, en los EE. UU., con la creación de la Corte de reclamación (1865) que conoce de las acciones por contratos estatales y que culminó en 1946 con la Federal Torts Claims Act, autoriza este proceso que permite a la autoridad responsabilizarse frente a sus súbditos ante sus propios tribunales. Los países con sistemas legales basados en el derecho romano de ampliación de la jurisdicción de los tribunales administrativos, permite observar igual tendencia.

Lord Denning, en su voto disidente en el caso de *Nizam de Hyderabad* expresaba: “en todos los países civilizados se ha manifestado la tendencia progresiva a someter al soberano a la obligación de comparecer en juicio ante sus propios tribunales, especialmente en Inglaterra por la Crown Proceeding Act., de 1947. Los soberanos extranjeros no deberían hallarse en distinta situación...”³; y el mismo Lord Denning observaba: “concuera mejor con la dignidad propia de un soberano extranjero que éste se someta a la norma jurídica en vez de sostener que está por encima de ella. Y se asegura mayor su independencia si acepta la sentencia de un tribunal de reconocida imparcialidad, en vez de rechazar arbitrariamente su jurisdicción”⁴.

Por otra parte, se sostiene que constituye en el fondo denegación de justicia la negativa de ser juzgado frente a una demanda legal, que normalmente, es justificada, agregándose que en una época en que se garantizan los derechos de la persona, ésta no puede quedar inerte frente a una actividad que se ampara en la inmunidad de jurisdicción para realizar una acción ilegítima.

Frente al argumento que sostiene que la teoría de la inmunidad absoluta es una norma consuetudinaria de derecho internacional, se refuta argumentando que una considerable mayoría de Estados se han apartado de ella, el menos en materia de *jure gestionis*, no siendo parte de la costumbre internacional el principio de la inmunidad absoluta. Este punto lo

² Citado en S. SUCHARITKUL, STATE IMMUNITIES AND TRADING ACTIVITIES IN INTERNATIONAL LAW 260 (1959).

³ C. M. Schmitthoff, *La Excepción de Inmunidad de Jurisdicción en el Derecho Comercial Internacional*, 7 INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY 457 (1958).

⁴ *Id.* 454.

estudiaremos con especial preferencia en la parte referente a la jurisprudencia de los tribunales nacionales.

Asimismo, el problema de la inmunidad "de ejecución" de los estados, será tratado más adelante en la sección 2.

Contestándose el argumento de los defensores de la teoría de la inmunidad absoluta, de que ésta no debe relacionarse con la actividad de los estados en el campo económico, por ser de carácter transitorio, se sostiene que esta tesis fue avanzada en la década del 30, en que se pensaba, que aparte de la actividad de la Unión Soviética, no sería la intervención en los asuntos comerciales una principal preocupación de los estados. Sin embargo, la realidad ha demostrado todo lo contrario, intensificando el Estado su creciente intervención en la esfera del comercio, la industria, etc.

2. Teoría de la Inmunidad Restringida

Esta doctrina moderna acepta la inmunidad del Estado soberano en lo relativo a actos públicos o soberanos —*jure imperii*— pero no en lo relativo a actos privados o no soberanos: *jure gestionis*.

Antes del siglo XX, la mayor parte de los actos de los Estados Unidos soberanos fueron *jure imperii* o actos públicos del Estado; todos o casi todos dichos actos fueron reconocidos como completamente inmunes de la jurisdicción de los tribunales extranjeros. No había lugar para esta teoría de la inmunidad restringida. Sin embargo, el presente siglo con la creciente intervención del Estado en actos de comercio, en que ya no actúa en su calidad política, permitió dar vigor y creciente impulso a esta nueva teoría, que encuentra acogida en innumerables fallos de tribunales extranjeros.

La función del Estado es ejercer tanto su actividad legislativa como su actividad judicial y administrativa. En tanto ejerce esta triple actividad, realiza actos *jure imperii* en su condición de estado soberano y no está obligado a comparecer ante tribunal de otros Estados soberanos.

Si por el contrario, realiza actividades comerciales, ya no estará actuando en su calidad de Estado soberano, sino como un particular cualquiera, como un hombre de negocios, no estando protegido, por consiguiente, por la inmunidad de jurisdicción.

Entre los primeros en sostener esta teoría cabe mencionar a Laurent, Dalloz, Fauchille, Weiss, Lapradelle y Fiore. Ya en 1891, el Instituto de Derecho Internacional adoptaba dicha doctrina. Desde la primera guerra mundial hay una tendencia creciente en la práctica judicial y gubernamental que favorece al desarrollo de esta doctrina. Entre los tratadistas actuales que la apoyan debe mencionarse a E. W. Allen, G. G. Philimore, Charles de Vissher, Bishop, J. P. Niboyet, Hyde, W. Fried-

man, Lord Denning, y otros. Asimismo, en el proyecto de Convención sobre competencia de los tribunales respecto de los estados extranjeros, preparado en 1932, por la Escuela de Derecho de Harvard, se apoya esta doctrina, como también lo hizo la Asociación de Derecho Internacional.

Los argumentos principales en que se basa esta doctrina son los siguientes:

a) La doctrina de inmunidad absoluta nació en una época en que el estado actuaba únicamente en su carácter político y soberano. Al dedicarse el estado cada vez más al comercio, a la industria, el énfasis en su actividad cambia, por lo que se requiere también un cambio doctrinario que explique un estado de cosas totalmente diferente al de la época pretérita.

b) La inmunidad se basa en su atributo de soberanía. Si el estado actúa en su estado de no soberano, su actividad implica una renuncia a la inmunidad. Al actuar como un particular, no puede atribuirse un privilegio que sólo lo ampara en su calidad de soberano.

c) Si se reconoce a un estado el derecho de iniciar una demanda ante tribunales extranjeros, no se ve la razón por la cual no puede a su vez ser demandado en ellos. Hay en esta distinción una evidente injusticia.

d) Si la inmunidad diplomática que beneficia a la comitiva de un embajador o agente diplomático, no cubre actos comerciales que realizan por su propia cuenta, no se encuentra justificación porque no recibe igual tratamiento el estado al cual pertenece dicha comitiva, si realiza también actividades comerciales.

A juicio de H. Lauterpacht el principal argumento en favor de la inmunidad absoluta es concluyente: la alternativa a esta doctrina, es la de la inmunidad restringida basada en la distinción entre actos *jure imperii* y actos *jure gestionis*, la que es imposible aplicar al no poderse distinguir entre actos soberanos y actos no soberanos. El hecho de que hay muy poca uniformidad en la práctica entre los países que adoptan esta doctrina restrictiva, es que algunos van más lejos que otros, al rechazar pedidos de inmunidad indicando con ello la arbitrariedad inherente a la tentativa de caracterizar lo que son actos públicos⁵. Tanto los tribunales de un mismo país, como los tribunales nacionales de diferentes países, han considerado de distinta manera una misma actividad. Lo que es para algunos de derecho público, para otros es de derecho privado: "Un tribunal romano sostuvo que los negocios relacionados con un monopolio de tabaco eran *jure gestionis* y como tal caían bajo su jurisdicción. Un tribunal norteamericano llegó a la conclusión contraria. Aunque un tribunal belga sostuvo que las actividades del Estado para estimular la inmigración era un *acto*

⁵ 2 D. P. O'CONNELL, INTERNATIONAL LAW 846 (1970).

imperii, un tribunal italiano declaró lo contrario. Un tribunal francés declaró que la adquisición de bienes para revenderlos a los nacionales era un acto *jure gestionis* y otro que era un acto *jure imperii*.

“En el caso de los préstamos estatales, la práctica ha manifestado una divergencia clara y similar. Lo mismo puede decirse de los contratos relativos a suministros para el ejército. Los tribunales italianos han sostenido que los contratos celebrados por un estado extranjero para la adquisición de calzado para el ejército son actos de derecho privado y por lo tanto se encuentran al margen del principio de la inmunidad. Un tribunal de los Estados Unidos resolvió que los mismos constituyen para el Estado “la suprema función soberana consistente en protegerse de sus enemigos”. El representante de Francia ante la Comisión de expertos para la Codificación progresiva del Derecho Internacional de la Liga de las Naciones, no obstante admitir que la adquisición de una torpedera era un acto *jure imperii*, manifestó dudas acerca de la posición respecto de la compra de armamento para la fabricación de material de guerra o de suministros para una fabricación de pólvora”⁶.

Con el objeto de definir los actos *jure imperii* y los actos *jure gestionis* se han esbozado dos teorías:

(a) *Teoría según los objetivos del acto*. El acto será *jure imperii* o *jure gestionis*, según el objetivo que él persiga. Así por ejemplo, si la actividad del Estado tiende a su defensa, no hay duda que dicho acto será típicamente gubernamental.

(b) *Teoría según la naturaleza del acto*. Esta teoría creada por el Ministro de la Corte Permanente de Justicia Internacional, señor Weiss, no atiende al objeto de la transacción sino a su naturaleza: lo que importa es si la naturaleza jurídica del acto es tal que puede ser celebrado por un particular.

Actos tales como la dictación de leyes y decretos, no podrían ser efectuados por un particular. Si sólo le corresponde realizarlos al Estado, a éste lo cubriría la inmunidad.

La adopción de una u otra teoría en un ejemplo ilustra la importancia de la distinción: si un estado compra armamentos a comerciantes particulares, el acto será *jure imperii* conforme a la teoría del objetivo y *jure gestionis* de acuerdo a la teoría de la *naturaleza*. Pero, el mismo ejemplo, hace formular otra crítica. Como un particular puede celebrar contratos, este acto será *jure gestionis* de acuerdo a la teoría de la *naturaleza*. ¿Hasta qué punto es posible aceptar una teoría como ésta, que no extiende la inmunidad de jurisdicción a actos que son propios de la soberanía de cada estado: como por ejemplo la defensa nacional? No sería propio de la ac-

⁶ H. Lauterpacht, *supra* nota 1, en 223.

tividad de particulares, adquirir, por ejemplo, aviones, tanques, etc., para el estado.

De aquí que como crítica general procede concluir que ciertas actividades estatales no pueden ser ya consideradas exclusivamente *jure gestionis*, acto de derecho privado. Actos que antes podían ser considerados como tales, pasan ahora al campo del derecho público ante la creciente expansión de las actividades del estado que busca asegurar su pleno desarrollo y el bienestar económico y social de su población.

Así la distinción entre acto *jure imperii* y acto *jure gestionis* asume el punto de vista estático de la naturaleza y funciones de todo gobierno. Partiendo de la base que cuando el estado realiza una actividad comercial, desciende de su pedestal soberano para actuar como un comerciante particular, desconoce entre otros, a los estados socialistas, que asumen el control del comercio, de la industria y de las actividades tradicionalmente reservadas a los particulares, las que devienen así en actividades públicas.

Respecto de la defensa de la teoría de la inmunidad restringida que critica la distinción injusta que se haría al aceptar al estado como demandante pero no como demandado ante tribunales extranjeros, si se acepta la teoría de la inmunidad absoluta, el juez Fitzmaurice se hace cargo de este problema diciendo: "Se pasa por alto la verdadera razón por la cual los estados pueden iniciar acciones en un tribunal extranjero. Esta razón no es otra que la aplicación de la norma corriente de derecho internacional privado de que, en general y respecto de los actos *in-personam* el fuero en que debe demandarse es el del demandado, es decir, el de su residencia o domicilio. Normalmente, incluso cuando se trata de actos de carácter puramente privado entre particulares, es imposible que el demandante entable juicio ante sus propios tribunales, a menos que ellos también sean del acusado. Por lo general debe buscarse justicia en los tribunales del domicilio o residencia del demandado. Del mismo modo, los estados o gobiernos que piden justicia contra un particular o empresa privada lo hacen en el fuero del demandado"⁷. De acuerdo con O'Connell si es que hubiera una ley internacional que reglamentara el problema de la inmunidad del estado que, a juicio de él, muchos tratadistas comienzan ahora a dudar, ella incluiría un campo muy estrecho de la actividad gubernamental y el problema radicaría en cómo delimitarlo. Con este fin, se han propuesto dos modificaciones a la teoría de la inmunidad restringida:

1. *Teoría de la denegación de inmunidad.* En virtud de esta teoría, propiciada por Lauterpacht, el estado soberano no tiene derecho a alegar inmunidad ante los tribunales de otro estado extranjero, aunque se admiten amplias excepciones.

⁷ G. G. Fitzmaurice, *Inmunidad del Estado Respecto de los Juicios Seguidos ante Tribunales Extranjeros*, 14 BRITISH YEAR BOOK OF INTERNATIONAL LAW (1933).

Esta teoría constata la cesión que se ha operado en muchos estados de países occidentales, de su inmunidad de jurisdicción en favor de sus nacionales frente a sus propios tribunales nacionales.

Ya nos hemos referido a la Crown Proceeding Act, de 1947 de Gran Bretaña y a la Federal Torts Claims Act, de 1946 de los EE. UU. y a la ampliación de la jurisdicción de los tribunales administrativos en los sistemas legales basados en el derecho romano.

Lauterpacht sostiene que la norma más práctica y jurídicamente más perfecta, es la que somete a los estados extranjeros a la jurisdicción de los tribunales nacionales, en la misma forma y extensión al que se someten a éstos, los estados nacionales.

La teoría de Lauterpacht está basada en la proposición de que la doctrina de la inmunidad de los estados extranjeros no tiene fundamento en los principios del derecho internacional sino que emana de la noción de "dignidad" que no puede a su juicio seguir siendo una base racional de inmunidad. Examinando la práctica de los estados llega a dos conclusiones: 1) el concepto de dignidad absoluta ha sido mayoritariamente abandonado en la práctica de los estados; 2) el criterio de la inmunidad restringida no ha sido desarrollado en la práctica de los estados de manera uniforme y, en el hecho, ha sido probado como poco práctica.

Con esta conclusión, llega al conocimiento que el único camino lógico a seguir es abolir la doctrina de la inmunidad absoluta. Como la posibilidad de la abolición total era imposible, Lauterpacht crea cuatro excepciones que deben reconocer la inmunidad: a) Actos legislativos de un estado extranjero y las medidas adoptadas en cumplimiento de los mismos; b) actos ejecutivos y administrativos de un estado extranjero de su territorio; c) gestiones respecto de las cuales, según las normas del derecho internacional privado ante la *lex fori*, los tribunales no tienen jurisdicción; d) actos contrarios a los principios aceptables del derecho internacional en materia de inmunidad diplomática ⁸.

Como señala Sompong Sucharitkul ⁹, la asimilación de la posición de los estados extranjeros a aquella de los estados nacionales no parece dar soluciones satisfactorias al problema de la inmunidad estatal. En primer lugar, dicha doctrina no puede servir de base a una norma de derecho internacional ya que la posición de un estado nacional delante de sus propios tribunales está lejos de ser uniforme; además, está claro que la asimilación a la jurisdicción de los tribunales nacionales en un caso aumentaría la inmunidad y en otros la disminuiría. Este último caso sucederá en aquellos estados en los cuales el gobierno local puede ser

⁸ H. Lauterpacht, *supra* nota 1, en 237-39.

⁹ S. SUCHARITKUL, *supra* nota 2, en 282.

demandado ante sus propios tribunales. En otros países, por ejemplo en la Unión Soviética, la inmunidad aumentará considerablemente, otorgándose total inmunidad.

Debe objetarse, además en esta teoría, que el enumerar Lauterpacht los actos que deben estar exentos o no de jurisdicción, no ha hecho sino dar una nueva versión de la distinción entre actos *jure imperii* y actos *jure gestionis*, que él mismo consideraba impracticable. Las excepciones bien pueden ser un objeto de una interpretación muy liberal, lo que podría extender en vez de disminuir la inmunidad de jurisdicción, ya que incluiría todos los actos legislativos ejecutivos y administrativos del estado extranjero, cualquiera fuera su naturaleza, objeto, propósito, y contenido de dichos actos.

2. *Teoría de la inmunidad basada en el principio de la reciprocidad.* De conformidad a esta doctrina, la extensión de la inmunidad que se acuerda a un estado extranjero dependerá de la inmunidad que éste otorgue, a través de sus tribunales nacionales.

El problema de esta teoría es que introduce todo un concepto de relatividad en la aplicación del derecho y plantea complejos problemas de investigación del derecho extranjero.

Además, niega la existencia de cualquier "Standard" para la aplicación de un derecho internacional.

3. *Teoría de la renuncia a la inmunidad.* Mencionaremos finalmente esta teoría mediante la cual se sostiene que un estado extranjero, por el hecho de contraer una relación de derecho privado, renuncia tácitamente a su inmunidad. Esta teoría tuvo su acogida en las primeras sentencias de los tribunales italianos, y ha dado paso ahora, en la misma Italia, a la teoría de la doctrina restringida. Para algunos, debería servir de justificación para ser utilizada dicha teoría por aquellos tribunales que aún se sienten obligados a aplicar la doctrina de la inmunidad absoluta a fin de denegar en definitiva la inmunidad de jurisdicción.

II. JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS

Analizaremos en esta sección la actitud adoptada por los diferentes tribunales nacionales en relación al problema examinado.

1. *Reino Unido.* Desde el caso *The Parlement Belge* resuelto en 1880, quedó consagrado el respeto a la teoría de la inmunidad absoluta, seguido por *The Porto Alegre*. En *The Cristina* (1938), la Cámara de los Lores aplicó nuevamente igual doctrina, aunque se manifestaron diversas opiniones sobre el particular que podrían posteriormente desarrollarse y modificar en algo la rígida posición inglesa sobre el particular.

En *The Parlement Belge*, el Juez Phillimore, sostuvo sí, que las naves de propiedad del estado dedicadas a actos de comercio, no gozan de inmunidad.

En *The Porto Alexandre* (1920) si bien la corte aplicó la teoría de la inmunidad absoluta, estuvo en desacuerdo con la actitud del gobierno extranjero, indicándose que no pudo haberse llegado a igual decisión que en el caso *Parlement*.

En *The Cristina* fue tal el número de observaciones formuladas, que bien podría la Cámara de los Lores inclinar en el futuro su opinión en el sentido de que no puede alegarse inmunidad cuando un gobierno extranjero realice actos de comercio. Se puede sostener que los tribunales ingleses no admiten distinción entre actos *jure imperii* y *actos gestionis* y se reconoce inmunidad de jurisdicción en todos los casos, salvo cuando ha habido sometimiento voluntario o cuando el estado extranjero ha iniciado el juicio y como defensa se plantea una reconvencción a manera de compensación.

La sola excepción a la aplicación de la inmunidad absoluta que contempla la ley inglesa es la relativa a una acción referente a bienes raíces y no tratándose de propiedades tales como los edificios de las embajadas, necesarios para el ejercicio de las funciones soberanas del estado extranjero.

El concepto de sometimiento voluntario se interpreta de manera muy estricta; así en el caso de *The Duff Development Co. v. The Government of Kelantan* (1924) se infiere que lo único que puede dar jurisdicción a los tribunales en un juicio determinado, es la comparecencia voluntaria a él, no bastando el mero consentimiento a comparecer. Así, si en un contrato privado se otorga jurisdicción a los tribunales ingleses no se considera para ellos que exista un sometimiento voluntario a éstos.

En el caso *Dollfus Mieg v. Bank of England* (1949) la Cámara de los Lores aceptó la teoría de la inmunidad, aunque declaró la necesidad de vigilar muy de cerca la doctrina de la inmunidad de los estados.

En el caso más reciente —*Baccus* (1956)— nuevamente la Corte de Apelaciones confirmó el criterio de la inmunidad de jurisdicción, aunque con un voto disidente.

2. *Estados Unidos*. La Corte Suprema, en el caso *Pesaro* (1925), un barco de propiedad del gobierno italiano adoptó la teoría de la inmunidad absoluta. Sostuvo que “cuando con el objeto de realizar el comercio de su pueblo o proporcionar entradas al erario un gobierno adquiere, dota y explota barcos mercantes, son barcos públicos en el mismo sentido que lo son navíos de guerra. No conocemos ninguna costumbre internacional que estime que el mantenimiento y progreso del bienestar económico de un pueblo constituya, en menor medida, un fin público, que el manteni-

miento o adiestramiento de fuerzas navales”¹⁰. En 1938, en el caso de *The Novemar* (1938) la Corte Suprema confirmó igual criterio.

En el caso *Republic of Mexico v. Hoffman* (1945), en que la Corte Suprema conoció un problema relativo a un barco de propiedad del gobierno mexicano dedicado al transporte de carga, se cita como una reconsideración implícita del caso *Pesaro*, al rechazar la Corte, la inmunidad de jurisdicción. La probabilidad de reconsideración del fallo del caso *Pesaro* se enuncia en el párrafo final redactado por el Ministro Stone, quien observó que los tribunales tienen el deber en una materia tan íntimamente relacionada con la política exterior y que puede afectarla de manera tan profunda, de no ampliar la inmunidad hasta el punto en que el gobierno, aunque a menudo se la solicita, no considere apropiado reconocerla. Cabe observar sí, el barco a pesar de ser propiedad del gobierno mexicano, no estaba realmente en su posesión. Este criterio referente a negar la inmunidad de jurisdicción cuando un gobierno no tiene la posesión de la nave, en este caso el gobierno canadiense, fue confirmado un año después en el caso *The Beaton Park* (1946) por la Corte del Distrito de Washington. La Corte estableció que ni la posesión ni la explotación del barco en cuestión pertenecía al gobierno extranjero, como ocurrió en el caso *Pesaro*.

Un caso importantísimo resuelto muy recientemente (1964) es el caso *Victory Transport Incorporated v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes*, fallado por la Corte de Apelación del 2º Circuito de Nueva York, indica un radical cambio de criterio respecto a la política tradicional sostenida por los tribunales de los Estados Unidos.

El juicio tuvo por objeto conocer de los daños causados al desembarcarse un cargamento de trigo en Nueva York desde un navío mercante, contratado por la Comisaría General de Abastecimiento y Transportes, una repartición del Ministerio de Comercio Español. La Comisaría General sostuvo que al ser una repartición del gobierno español, ella gozaba de inmunidad de jurisdicción.

La Corte de Apelaciones, al referirse a la comunicación del asesor legal del Departamento de Estado de los Estados Unidos, Sr. Tate, mencionada más abajo, sostiene que esta comunicación ha aclarado que la política del Depto. de Estado de los EE. UU. es declinar la inmunidad a los estados amigos extranjeros, en demandas que nazcan de sus actividades privadas o comerciales. Sostiene que la comunicación ofrece línea de criterio a seguir para diferenciar entre actos privados de los estados extranjeros y actos públicos. Agrega que ni los tribunales ni los tratadistas han sugerido ningún “test” satisfactorio para ello, refiriéndose a la confusión reinante en

¹⁰ H. Lauterpacht, *supra* nota 1, en 269.

los tribunales europeos frente a los intentos de definir los actos de los Estados en relación a la naturaleza de la transacción. Así, sostiene, se ha llegado al sorprendente resultado de que la compra de armamentos y calzado para el ejército, la construcción de fortificación para la defensa, el arriendo de un edificio para la embajada, son actos privados. Agrega que es aún más insatisfactorio si se considera el propósito de la transacción. Todo ello ha llevado a muchos tratadistas a sostener que es impracticable la distinción entre *acto jure imperii* y *acto jure gestionis*. Sin embargo, la Corte Suprema ha afirmado sin ambages que cuando el Depto. de Estado se mantiene en silencio respecto al problema de inmunidad en un determinado caso, es deber de la Corte determinar por sí misma si el Estado extranjero tiene derecho a la inmunidad en conformidad con los principios aceptados por el Depto. del Gobierno encargado de la conducción de las relaciones extranjeras (*Republic of Mexico v. Hoffman*).

“El propósito de la teoría restrictiva de la inmunidad es tratar de acomodar los intereses de un individuo que hace negocio con los Estados extranjeros de tener sus derechos determinados por los tribunales, con los intereses de los gobiernos extranjeros de estar libres de realizar actos políticos sin sufrir perturbaciones al defender la propiedad de tales actos en los tribunales. La inmunidad soberana es una denegación del normal ejercicio de la jurisdicción por los tribunales y sólo debe ser acordada en casos muy claros. Desde que es significativo el hecho de que el Depto. de Estado rehúsa o deniega toda sugerencia de inmunidad, estamos dispuestos a denegar un reclamo a la inmunidad que no haya sido reconocida y autorizada por el Depto. de Estado a menos que sea claro que la actividad en cuestión cae dentro de una de las categorías estrictamente políticas o públicas acerca de las cuales la soberanía ha sido tradicionalmente muy sensible. Tales actos están generalmente limitados a las siguientes categorías: 1. actos internos administrativos, tales como la expulsión de un extranjero. 2. actos legislativos, tales como la nacionalización. 3. actos relativos a las fuerzas armadas. 4. actos relativos a la actividad diplomática. 5. préstamos públicos.

“Si la diplomacia requiere una ampliación de estas categorías, el Depto. de Estado puede hacer una sugerencia de inmunidad a la Corte. Si la diplomacia requiere una contracción de estas categorías, el Depto. de Estado puede emitir un nuevo y clarificador pronunciamiento”. Y agrega la Corte que la Comisaría General al dedicarse al transporte de trigo realizaba un acto que no era estrictamente público o político. En consecuencia, denegó el pedido de inmunidad de jurisdicción¹¹.

¹¹ 6 M. WHITEMAN, DIGEST OF INTERNATIONAL LAW 578-79 (1968).

Aunque es probable que los tribunales inferiores norteamericanos se sientan aún obligados a seguir la doctrina tradicional de la inmunidad de jurisdicción aceptadas por la Corte Suprema de EE. UU., como lo demostró el caso *Isbrandsen Tankers Inc. v. President of India* ante la Corte de Apelaciones de Estados Unidos, Segundo Circuito, 1971, sin embargo puede modificarse este criterio, especialmente si consideramos las últimas iniciativas legales que sobre el particular se han presentado al Congreso de los Estados Unidos, como se examinará más adelante.

En el caso *Isbrandsen Tankers Inc. v. President of India*, el problema se suscitó a raíz de una demanda interpuesta en contra del gobierno indio por el dueño de un navío, quien sostuvo haber tenido pérdidas cuantiosas por las excesivas demoras que le fueron causadas a su barco, por dicho gobierno, cuando descargaba trigo en un puerto de la India. El gobierno indio, a fin de atenuar la escasez de trigo, suscribió un contrato con el demandante, que entre otras cosas, establecía que todas las diferencias emanadas de este contrato serán resueltas por las Cortes de los Estados Unidos del Distrito Sur de Nueva York¹².

El apelante sostuvo que la Corte tenía jurisdicción pese a la petición del Departamento de Estado que recomendaba el otorgamiento de inmunidad para el gobierno indio, debido a la existencia de la cláusula contractual citada.

"...una decisión judicial contra el gobierno de un Estado extranjero puede concebiblemente causar graves repercusiones internacionales... El apelante enfatizó que tradicionalmente la inmunidad soberana ha sido concedida a los gobiernos extranjeros sólo con referencia a actos públicos opuestos a los privados de carácter comercial. Aquí se trata, sostiene, de acciones del gobierno indio que son relativas, íntegramente, a una adquisición comercial de trigo y no concierne a materias de política pública o de gobierno... En *Victory Transport*, esta Corte adoptó el punto de vista que los actos *jure imperii* estarían limitados a lo siguiente:

1. actos internos administrativos, tales como al expulsión de un extranjero;
2. actos legislativos, tales como la nacionalización;
3. actos relativos a las Fuerzas Armadas;
4. actos relativos a la actividad diplomática;
5. préstamos públicos.

"...Si aplicáramos estas distinciones, los actos del gobierno indio son, en este caso, y como lo sostiene el apelante, puramente privados y de naturaleza comercial...

¹² N. E. LEACH, C. T. OLIVER & J. M. SWEENEY, *THE INTERNATIONAL LEGAL SYSTEM-CASES AND MATERIALS* 362 (1973).

“...Es cierto que el mero hecho en que un contrato esté envuelto un interés privado de carácter comercial, no otorga automáticamente este carácter a los actos de un gobierno extranjero.

“El punto de vista que todos los contratos, sin tomar en cuenta sus propósitos, deberían ser considerados como “actos privados” o comerciales, conduciría a la conclusión que un contrato con un gobierno extranjero para la adquisición de municiones para su ejército o para la erección de fortificaciones, no constituiría un acto soberano...”

“...En *Victory Transport*, el contrato, igual que en este caso, fue el transporte de granos, y en ausencia de una acción del Departamento de Estado, la jurisdicción fue mantenida.

“En situaciones en que el Departamento de Estado ha otorgado una formal recomendación, las Cortes no necesitan realizar consideraciones de esta naturaleza. Le corresponde al Departamento de Estado formular las recomendaciones, en vista de las consecuencias futuras para nuestra posición internacional.

“Aunque simpatizamos con el apelante... no tenemos otra alternativa que aceptar la recomendación del Departamento de Estado...”¹³

La reacción en los círculos académicos fue de gran contrariedad ante esta posición tan tradicional adoptada por la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos. Se estimó que no existían razones que impidieran a un Estado extranjero renunciar a su inmunidad en disputas que emanaren de contratos suscritos con particulares. Se impugnó la subordinación que adoptó la Corte frente al Departamento de Estado, ya que se estimó que el poder judicial está más capacitado para resolver, en forma objetiva, cuestiones referentes a inmunidad al aplicar principios de derecho nacional e internacional y no de Política Internacional, que hace a veces más indulgente y menos imparcial a la referida repartición estatal.

Tal vez lo anterior explica la presentación de un proyecto de Ley presentado al Congreso de los Estados Unidos el 22 de enero de 1973, que examinaremos más adelante, y que quita toda intervención al Departamento de Estado en materia de inmunidad, frente al Poder Judicial.

Es EE. UU., junto con el Reino Unido, el que se cita con frecuencia como el más claro expositor de la doctrina que otorga plena inmunidad a los Estados, salvo cuando hay sometimiento voluntario o cuando el proceso incide en bienes raíces, no tratándose de los edificios de las Embajadas. Al igual que en Reino Unido los tribunales de los EE. UU. han aceptado de manera estricta el concepto de sometimiento voluntario (ver casos *Republic of France v. Pittsburg Steel Export Co.* Tribunal de N. York y *French Republic v. Inland Navigation Co.*). Sin embargo la decisión formu-

¹³ *Id.* 362-64.

lada por la Corte de Nueva York —caso *Victory Transport*—, arriba transcrita, se estimó como una importante modificación de la posición tradicional de los Tribunales de EE. UU.

No obstante la actitud adoptada por los Tribunales de los Estados Unidos, la administración norteamericana acepta únicamente la teoría de la inmunidad restringida. Así, en carta enviada en 1952 por el Asesor Legal Suplente Jack B. Tate del Departamento de Estado al Fiscal General Suplente, declara: “la teoría clásica o absoluta de la inmunidad ha sido generalmente seguida por los tribunales de los EE. UU., la Commonwealth, Checoslovaquia, Estonia y probablemente Polonia.

“Las decisiones de los tribunales de Brasil, Chile, China, Hungría, Japón, Luxemburgo, Noruega y Portugal pueden considerarse que apoyan la teoría clásica de la inmunidad, si una o a lo menos dos antiguas decisiones anteriores al desarrollo de la teoría restrictiva pueden considerarse suficientes para servir de base a una conclusión.

“La posición de Holanda, Suecia y Argentina es menos clara desde que en la inmunidad que ha sido otorgada en ciertos casos ante los tribunales de estos países, los hechos fueron tales que ella se hubiera otorgado tanto bajo la teoría absoluta o restrictiva. Sin embargo, constantes referencias por los tribunales de estos tres países a la distinción de actos públicos y actos privados del Estado... puede indicar la intención de dejar abierto el camino para una posible aplicación de la teoría de la inmunidad restrictiva. Una tendencia a la teoría restrictiva es ya evidente en Noruega... Las Cortes alemanas, después de un período de duda a fin del siglo XIX han mantenido la teoría clásica, pero debe notarse que la negativa de la Corte Suprema en 1921 al aceptar la presión de los tribunales inferiores para la teoría más nueva, se basa en la apreciación de que esa teoría no se había desarrollado suficientemente... para justificar un cambio. En vista del crecimiento de la teoría restrictiva desde dicha época, los tribunales alemanes podrían adoptar ahora un punto de vista diferente.

“La más nueva teoría restrictiva de la inmunidad ha sido siempre apoyada por los tribunales de Bélgica e Italia. Lo mismo los de Egipto y Suiza. Además, los tribunales de Francia, Austria, Suiza y Grecia, quienes apoyaron tradicionalmente la teoría clásica, modificaron su posición en la década del 20, para apoyar la teoría restrictiva. Rumania, Perú y posiblemente Dinamarca, también parecen seguir esta teoría. Además, puede observarse que en la mayor parte de los países que aún siguen la teoría clásica, hay una influyente escuela de tratadistas que favorecen la teoría restrictiva... Existe el hecho de que 10 de 13 países que han sido clasificados más arriba como sostenedores de la teoría clásica han ratificado la Convención de Bruselas de 1926, bajo lo cual es rechazada la inmunidad de navíos mercantes de propiedad gubernativas. EE. UU., que no es

parte de dicha Convención, enunció que desde dicha fecha ha seguido una política de no reclamar inmunidad para sus barcos mercantes, de propiedad pública.

“Es así evidente que, con la posible excepción del Reino Unido poco apoyo ha sido encontrado, excepto por la Unión Soviética, . . . para un apoyo continuado y completa aceptación de la teoría absoluta de inmunidad. . . Además, al otorgar inmunidad de jurisdicción a los estados extranjeros los Tribunales de los Estados Unidos, ello es consistente con la acción del Gobierno de los Estados Unidos de sujetarse asimismo a ser demandado en estos mismos tribunales, tanto en materia referente a contratos como en cuasi delitos y con su política largamente establecida de no solicitar inmunidad en jurisdicciones extranjeras para sus navíos mercantes. Finalmente el Depto. piensa que la extendida y creciente práctica de parte de los Gobiernos de dedicarse a actividades comerciales hace necesaria una práctica que autorice a las personas que realizan negocios con ellos a tener sus derechos determinados en los tribunales. Por estas razones será en adelante la política del Depto. de Estado, la adhesión a la teoría de la inmunidad restringida cuando los gobiernos extranjeros soliciten el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción”¹⁴.

De conformidad con dicha posición, los tratados que suscribe Estados Unidos con diversos países estipulan que las empresas estatales o controladas por el estado perteneciente a cualquiera de dichos países, no tendrán derecho a la inmunidad cuando se dedican a actividades comerciales en el territorio de la otra parte. Consecuente con su política el Depto. de Estado rehusó la solicitud del embajador italiano que pidió su intersección para impedir la detención del mercante *Pesaro* de propiedad del Gobierno italiano (caso *Pesaro* mencionado más arriba). En el caso *Republic of Mexico v. Hoffman*, el Depto. de Estado rehusó otorgar un certificado que reconociera al barco de propiedad del gobierno mexicano inmunidad de jurisdicción.

En 1960, el Departamento de Estado se negó a apoyar la solicitud del encargado de negocios de Filipinas en Washington, que demandaba inmunidad de jurisdicción para las Líneas Nacionales Filipinas, una empresa Comercial Filipina, de propiedad del gobierno filipino. En su respuesta, el Depto. de Estado señaló que regía la teoría de la inmunidad restringida y que bajo esta teoría el gobierno extranjero y sus entidades tienen derecho a la inmunidad de jurisdicción sólo en lo relativo a los actos gubernamentales (*jure imperii*).

3. *Francia*. Aunque a comienzos reconocía el principio de inmunidad absoluta (ver sentencia clásica pronunciada por la Corte de Casación

¹⁴ M. WHITEMAN, *supra* nota 11, en 569-71.

de fecha 25 de enero de 1949). La situación ha sido bastante confusa, especialmente desde fines de la I Guerra Mundial. En tanto Lauterpacht¹⁵ sostiene que existe una tendencia contraria a la inmunidad absoluta, citando al efecto varias sentencias —*Société Le Gostorg et Union des Républiques Sovietiques Socialistes v. Association France Export* (Corte de París, 1926), *Union des Républiques Socialistes Sovietiques v. Association France Export* (Corte de Casación, 1929) *Chaliapine v. Union des Républiques Socialistes Sovietiques* (Corte de Casación, 1936), *Etianne v. Government of the Netherland* (ante el Tribunal Comercial de la Rochelle, 1947), caso *Vestwig* (Corte de Casación, 1946); juicio de *Stat Roumain v. Delle Aricastre* (Corte de Apelación de Poitiers, 1950), Clive M. Schmitthoff sostiene en cambio que la situación dista de ser clara¹⁶, ya que si bien Francia originalmente aplicaba la teoría clásica, en *Chaliapine contra URSS*, la Corte de Casación aplicó la teoría de inmunidad restringida. Concluye diciendo que es su parecer, que los tribunales franceses estiman que las empresas estatales o controladas por el Estado de un país extranjero no tienen derecho a alegar inmunidad de jurisdicción en Francia.

Para G. S. Fitzmaurice¹⁷ las sentencias dictadas en los juicios de *Lakhowsky v. The Swiss Federal Government and Coloner de Reynier*, ante el Tribunal de Comercio del Sena y en *Société Le Gostorg y URSS v. Association France Export*, no constituyen una actividad directa para suponer que los tribunales franceses han abandonado el principio de la inmunidad total; sólo indicaría, a su juicio, una tendencia en este sentido. Señala, además un caso presentado al Tribunal civil del Sena—*Caratheadory v. The French State* que parece demostrar que los tribunales franceses aún adhieren el principio de la inmunidad total, al sostener dicho tribunal que el estado quedaba al margen de la jurisdicción de los Tribunales aún en los contratos privados suscritos entre él y los súbditos extranjeros en países extranjeros.

En los casos anteriores, en cambio, el Tribunal de Comercio del Sena sostuvo (caso *Lakhowsky*) que la inmunidad de jurisdicción de los estados extranjeros sólo existe respecto de los actos realizados en su calidad de soberanos actos administrativos (actos de autoridad pública). La Corte de París, en el caso de *Le Gostorg y URSS* sostuvo que los actos de comercio que comprenden toda clase de actividades nada tienen en común con el principio de la soberanía de los estados (y autorizó a embargar los fondos que se encontraban en manos de la delegación comercial soviética en Francia).

¹⁵ H. Lauterpacht, *supra* nota 1, en 260-62.

¹⁶ C. M. Schmitthoff, *supra* nota 3, en 460.

¹⁷ G. G. Fitzmaurice, *supra* nota 7.

En 1937, en el juicio *Fallois v. Piatakoff*, la Corte de Casación sostuvo que la Agencia comercial soviética, aunque para el derecho interno formaba parte de la representación diplomática, carecía de este carácter en lo que respecta a las instituciones francesas y que sus manifestaciones eran simples actos de comercio, que no afectaban el principio de soberanía de los estados.

En 1931, el tribunal civil del Sena embargó provisionalmente los fondos de la representación comercial de la URSS, diciendo que de acuerdo a la legislación soviética la representación comercial de la URSS en Francia, representaba obligadamente a los particulares y empresas rusas que practican el comercio en el extranjero y que, en consecuencia, el estado ruso está considerado en cuanto a estado comercial y no como estado soberano.

En *Chaliapine* —juicio por daños y perjuicios por infracción de derechos de autor por venta en París de una edición incompleta de la autobiografía del demandante—, la Corte de Casación rechazó la alegación de que el control del gobierno soviético sobre la exportación de libros hacía que fuese un acto de soberanía distinto de una transacción comercial. Sostuvo que los hechos aseverados por la agencia comercial no se referían a actos de soberanía del estado ruso sino que eran transacciones comerciales.

Lo que tienen de especial los casos “soviéticos” anotados no es el principio de inmunidad restringida basada en “acte de commerce”, sino la solución encontrada por los tribunales al problema de la inmunidad de los estados “commerçant” que han monopolizado el comercio exterior. Aparece claramente que los tribunales franceses están dispuestos a negar inmunidad a los casos que interesan a la URSS, al rechazar invariablemente los alegatos de este país de que los actos en disputa no son comerciales. Los tribunales franceses han sostenido que las actividades de la legación comercial y otros órganos comerciales de la URSS, “soient étrangers au rôle de l'Etat puissance publique nous le concevons”¹⁸.

Finalmente, debemos concluir que en Francia hay dos doctrinas que buscan solucionar el problema de la inmunidad de jurisdicción. Una que caracterizará el acto realizado como un acto público, de acuerdo a las tradiciones de la jurisprudencia francesa y la otra apreciará si el actor es un agente estatal. Así, en el segundo caso, habrá una “immunité de juridiction”, que otorgará inmunidad a actos de estado realizados como “puissance publique”, y en el primero, habrá “incompétence d'attribution (ratione materiae) que hará a los tribunales incompetentes de acuerdo a la naturaleza del acto realizado por el demandado: actos *jure imperii*, *actes de gouvernement*, *actes d'autorité*, *actes de puissance publique*, *actes des desouveraineté*.

¹⁸ S. SUCHARITKUL, *supra* nota 2, en 217.

4. *Alemania*. Al parecer este es uno de los países que se han adherido a la teoría de la inmunidad absoluta. Hasta antes de 1920, la práctica de los tribunales era uniforme en este sentido. En dicho año, en el caso *Turkish Purchases Commission*, el Tribunal alemán de Conflictos de jurisdicción sometió a Turquía a la jurisdicción de dicho Tribunal. Asimismo, en el caso *The Ice King* (1921) también se asumió jurisdicción por la Reichgericht. Sin embargo, "no puede negarse la idea de que los esfuerzos realizados particularmente en las obras de derecho internacional, para eliminar o al menos restringir el principio de derecho internacional, sobre inmunidad de jurisdicción respecto de los bienes estatales utilizados para fines particulares, en especial en el campo de derecho internacional marítimo, han ganado cada vez más benevolencia en los círculos pertinentes. Sin embargo, estos sucesos no han penetrado aún de manera tan general en la práctica de las relaciones internacionales como para concluir de ellos que se justifica legalmente una modificación del principio de derecho internacional"¹⁹.

Posteriormente, en juicio de (1925) contra la administración del ferrocarril estatal finlandés, la Corte reconoció la inmunidad, aunque atribuyendo importancia a que el lugar del cumplimiento del contrato era Finlandia.

En el caso del *Polish Loan Bank*, demanda contra el banco del gobierno polaco, el tribunal Prusiano de Conflictos de jurisdicción declaró que, siendo dueño el estado del banco aunque era éste una persona jurídica independiente, un estado extranjero, tanto como sujeto derecho público como en actos de derecho privado, no está sujeto a la jurisdicción de los tribunales de otro país, salvo si se somete voluntariamente a su jurisdicción en asuntos relativos a inmuebles.

Desde 1938 se opera una tendencia a la teoría de la inmunidad restringida: *Casos Visurgis y Siena*: la teoría clásica en materia de derecho marítimo se termina definitivamente. Con ello se inicia una tendencia que, en 1951, hace decir a la Corte de Apelaciones de Hamm que la jurisdicción sobre un estado extranjero se impone cuando actúa éste, no como soberano, sino como sujeto de derechos y de obligaciones privadas.

Igual principio se ha adoptado en Kiel, en 1953, en contra de Dinamarca por un acto definido como *jure gestionis*. Dicha tendencia culmina en 1963, en que el Tribunal Federal Constitucional alemán, formuló una decisión que tuvo fuerza de ley referente a la jurisdicción de los tribunales alemanes sobre estados extranjeros, en lo referente a casos nacidos de contratos en embajadas. Una firma alemana había iniciado una acción civil contra Irán, por pagos relativos a trabajos de reparacio-

¹⁹ H. Lauterpacht, *supra* nota 1, en 267.

nes en la embajada irania. La Corte rehusó el reclamo de inmunidad de jurisdicción, sosteniendo que el estado no actúa como soberano cuando actúa como persona privada, al entrar en una relación contractual o cuasicontractual de derecho privado. Y agregó: una regla del derecho internacional que otorga una inmunidad general a los estados extranjeros de la jurisdicción de los tribunales nacionales, no debe ser establecida por más tiempo. Desde la Segunda Guerra Mundial, las autoridades alemanas y extranjeras han abandonado la norma de inmunidad absoluta y han adherido a la norma que distingue entre acto *jure imperii* (actos soberanos) y actos *gestionis* (actos en transacciones legales de derecho privado).

“La distinción entre actos *jure imperii* y actos *jure gestionis* sólo puede ser basada en la naturaleza del acto del estado o de la relación legal resultante, no en el motivo o propósito de la actividad. Lo que es relevante es si el estado extranjero actúa en el ejercicio de su poder soberano, es decir, en la esfera de derecho público o actúa como una persona privada, es decir, dentro de la esfera del derecho privado. Este punto de vista ha sido adoptado por los tribunales de Italia, Bélgica, Suiza, Austria, y Egipto; y por los esfuerzos de codificación de la Asociación de Derecho Internacional y el Instituto de Derecho Internacional, así como los autores, Dahm, Nikish, Verdross, Riezler, Herndl, Schnitzer y Weiss”²⁰.

Con el fin de no extenderme demasiado en esta sección y teniendo presente que tanto en el fallo alemán recién citado, como en la comunicación del Asesor legal del Depto. de Estado de los EE. UU. se hace un resumen de la tendencia actual de los tribunales nacionales de los distintos países en materia de inmunidad de jurisdicción, me referiré finalmente, por considerarlo de interés, a los acuerdos adoptados por el Comité Legal Consultivo Afro-Asiático, formulados en 1960.

Este Comité Legal Consultivo Afro-Asiático, reconstituido en 1958, está integrado por la República de Birmania, Ceilán, India, Indonesia, Irak, Japón, Pakistán, Sudán, Siria y la República Arabe Unida. Sus acuerdos se refieren a la inmunidad de los estados en lo relativo a transacciones comerciales y otras similares de carácter privado:

“1. . . El Problema es si un estado extranjero o una organización comercial estatal deben ser considerados inmunes de la jurisdicción de los tribunales respecto a transacciones comerciales y a otras que no caen estrictamente dentro del ámbito de las “actividades gubernamentales” entendidas tradicionalmente.

²⁰ M. WHITEMAN, *supra* nota 11, en 567.

"2. Se observa que muchos de los estados hoy en día no conforman sus actividades a las funciones tradicionales del estado. Algunos de ellos no sólo poseen y controlan los medios de producción y de distribución dentro del estado, sino que también participan en contratos comerciales con comerciantes de países extranjeros, en el ejercicio de sus funciones estatales. Dichos contratos son contraídos normalmente a nombre del estado, de un depto. del gobierno o de una organización comercial gubernamental. Se percibe en forma creciente que la doctrina de la inmunidad soberana de los estados extranjeros no fue formulada para estas nuevas amplias actividades que los gobiernos asumen en la actualidad. En estas circunstancias, es oportuno para las naciones afro-asiáticas considerar si se debería poner alguna restricción en la inmunidad otorgada a los estados extranjeros respecto de tales actividades...

"4. Todas las delegaciones, excepto Indonesia, estuvieron de acuerdo que debería hacerse una distinción entre los diferentes tipos de inmunidad estatal y que la inmunidad a los estados extranjeros no debería otorgarse respecto de las actividades que puedan ser calificadas de comerciales o de naturaleza privada. El delegado indonesio, sin embargo, adhirió al punto de vista de que la inmunidad debería continuar en ser otorgada a todos los actos de estados extranjeros independientemente de su naturaleza, supuesto el hecho de que fueran desarrollados por el gobierno.

"5. Todas las delegaciones estuvieron de acuerdo de que una organización estatal comercial que es parte del gobierno y que no tiene una personalidad jurídica independiente, debe ser tratada en el mismo pie que el gobierno.

"Igualmente todas las delegaciones estuvieron de acuerdo de que cuando una organización estatal comercial tiene una personalidad jurídica diferente de acuerdo a su ley nacional, no debe otorgársele inmunidad.

"El Comité recomendó: i) que las organizaciones estatales comerciales que tienen una personalidad jurídica independiente bajo el derecho nacional del país donde fueron constituidas, no tienen derecho a solicitar inmunidad respecto de ninguna de sus actividades desarrolladas en el estado extranjero. Tales organizaciones, y sus representantes, pueden ser demandadas en los tribunales nacionales del estado extranjero respecto de sus transacciones o actividades en dicho país; ii) un estado que participa en transacciones de carácter comercial o privado no deben intentar solicitar inmunidad soberana, si es demandado ante los tribunales del estado extranjero respecto de tales transacciones"²¹.

²¹ *Id.* 572-74.

III. INMUNIDAD DE EJECUCIÓN

Al dictarse un fallo contra un estado extranjero en problemas relacionados con su actividad comercial, se plantea el problema de si puede embargarse bienes de él, en caso de que se niegue a cumplir con la sentencia dictada en su contra.

La mayoría de los estados adhiere, a este respecto, al principio de la inmunidad absoluta, aunque también al igual que en la inmunidad de jurisdicción, se advierten nuevas tendencias sobre el particular.

Hemos visto más arriba que justamente el hecho de la "no ejecución", constituye uno de los argumentos de los sostenedores de la teoría clásica de la inmunidad de jurisdicción, que afirman que la adopción de la teoría restrictiva, en el hecho no tiene sino un efecto nominal.

Sin embargo, bastaría citar el ejemplo de los tribunales italianos para desvirtuar al menos en parte, la afirmación precedente. En efecto, en este país, se permite la ejecución de los bienes de un gobierno extranjero ubicados en Italia, siempre que no sean de aquellos necesarios para el ejercicio de las funciones soberanas del estado, como serían por ejemplo, las sedes de las embajadas o los navíos de guerra. Asimismo, Checoslovaquia, permite la ejecución de bienes de un gobierno extranjero. Francia, Bélgica, Italia, aceptan la ejecución en actos *jure gestionis*, en tanto en Grecia, Suiza, y la Unión Soviética, ella dependerá de la autorización dada por el Ministro de Justicia u otra autoridad de igual jerarquía (ver Italia: *Russian Trade Delegation in Italy v. De Castro*, 1933; Francia: *URSS v. Association France Export 1929-1930*; Bélgica: *Socobelge v. Greek State and Bank of Greece* 1952). En Austria se autoriza incluso la confiscación de mercaderías producidas o importadas en violación de las ordenanzas de aduana (ver caso *Soviet Distillery*).

En los Estados Unidos la política del Departamento de Estado es sugerir inmunidad, en ciertos casos relevantes, de toda ejecución, en cuanto no sugiera inmunidad de la demanda. Ello implica que aun cuando se pronuncia un fallo en aquellos casos en que los intereses del gobierno no estén implicados, la ejecución puede no ser empleada a pedido del ejecutivo.

Sin embargo, los EE. UU. han concluido numerosos tratados bilaterales que contienen disposiciones mediante las cuales se renuncia, entre otras cosas, a la inmunidad de ejecución, sobre la base de la reciprocidad por la otra parte. Ejemplo: Tratado de EE. UU. con Italia, 1948; con Israel, 1951; con Grecia, 1951; con Alemania, 1954; con Irán, 1955; con Corea, 1956; con Holanda, 1956; con Japón, 1953; con Nicaragua, 1956, etc.

En el acuerdo suscrito por la Unión Soviética y Francia referente al Comercio y al Estatuto de la Delegación Comercial de la Unión Soviética

en Francia, en 1951 (y de la Unión Soviética con Austria, en 1955), se establece que la ejecución de los fallos relativos a transacciones en los cuales sea parte la Delegación Comercial, puede ser realizada en la propiedad estatal de la Unión Soviética en Francia, en particular las propiedades, derechos e intereses provenientes de transacciones concluidas o garantizadas por la Delegación Comercial de la Unión Soviética en Francia.

No estarán afectos a la ejecución, las propiedades y recintos destinados al ejercicio, en Francia, de los derechos políticos y diplomáticos de la Unión Soviética de acuerdo con la práctica internacional, como tampoco los recintos ocupados por la Delegación Comercial de la Unión Soviética y los bienes muebles que se encuentran en ella.

La Delegación Comercial de la Unión Soviética ha quedado sometida a la jurisdicción de los demás países europeos, sea que existan o no acuerdos como los señalados con Francia: ej. Italia, Alemania.

Es interesante anotar la conclusión que sobre el particular formuló el Comité Legal Consultivo Afro-Asiático en 1960: "8— Fue reconocido por todas las delegaciones, que un fallo obtenido en contra de un Estado extranjero no puede ser ejecutado contra su propiedad pública. La propiedad de una organización estatal comercial, si tiene una personalidad jurídica independiente, puede, sin embargo, ser susceptible de ejecución"²².

Se sostiene que por razones de efectividad, debería permitirse ejecutar la propiedad de los Estados extranjeros que realizan actividades comerciales.

En tal caso deben, sí, excluirse las propiedades que el Estado ha utilizado exclusivamente para propósitos no comerciales, tales como la aviación militar, navíos de guerra y otras propiedades de carácter no comercial. Asimismo, debe considerarse la norma de que la ejecución no puede efectuarse contra la propiedad protegida por fuero diplomático, tales como embajadas, edificios de las legaciones, residencias del personal diplomático acreditado, etc. Sólo se permitiría la ejecución respecto a la propiedad usada en relación a actividades de tipo comercial.

En el derecho anglo-americano el embargo ha sido rápidamente rehusado si el Gobierno extranjero no se sometió específicamente a la ejecución. Así, en *Dexter & Carpenter v. Kunlig*, el embargo de la propiedad de la línea de trenes del estado sueco fue denegado, pese a que Suecia se sometió voluntariamente a la jurisdicción. Asimismo, en el caso inglés *Duff Development Co y Kelantan Government*, la Cámara de los Lores rehusó autorizar el embargo de la propiedad del Sultán de Kelantan, aunque el gobierno de Kelantan se había sometido, en un procedimiento anterior, a la jurisdicción de los tribunales. Se sostuvo, al igual que en el

²² *Id.* 573.

caso americano, que el sometimiento a la jurisdicción no implica someterse a la ejecución. Es posible, hoy en día, que los tribunales de muchos países todavía adhieran al principio de inmunidad absoluta en lo que se refiere a la ejecución de las propiedades de un gobierno extranjero. Sin embargo, muchos países han aceptado someterse en materias concernientes a sus actividades comerciales a las jurisdicciones locales, como a la ejecución de éstas: Ej. tratados de EE. UU; tratados de la Unión Soviética relativos a su Delegación Comercial.

Debe observarse, por otra parte, que hay un número de estados que han admitido el embargo de sus propiedades.

Un notable ejemplo es *URSS & Association France Export*, donde la Corte de Casación francesa autorizó la ejecución de las propiedades de la Unión Soviética que se encontraban en posesión de la Delegación Comercial soviética en Francia. Debe recordarse que de acuerdo con el punto de vista adoptado por los tribunales de Italia sobre los principios del derecho internacional, no dudarán en imponer la ejecución contra la propiedad de un gobierno extranjero y que aún en conexión con la Delegación Comercial soviética, que por tratado está exenta de medidas de ejecución, los tribunales italianos están autorizados para sujetar la propiedad del gobierno de la Unión Soviética y las transacciones comerciales emprendidas por dicha Delegación, a medidas de ejecución (ver casos de Castro y S. S. Plenakoff).

Los tribunales de Checoslovaquia, Egipto (*Egyptian Delta Rice Mills Co. con Comisaría General*, en que la ejecución fue permitida con la propiedad usada en conexión con materia *jure gestionis*) y Bélgica (*Société Commerciale Belge v. Etat Hellenique*) han permitido ejecución contra propiedades de gobiernos extranjeros. Así un fallo belga trata del poder de ejecución como consecuencia de "le pouvoir de jurisdiction". En Grecia, Suiza y la Unión Soviética, hay fallos autorizando la ejecución contra propiedades de gobiernos extranjeros sujeta a la autorización del Ministerio de Justicia y, en el caso de Suiza, del Federal Council.

La opinión de los tratadistas en materia de inmunidad de jurisdicción está distribuida en forma equitativa. Por la absoluta inmunidad se pronuncian: Fitzmaurice, Foelix y Gabba. Los que la niegan, en ciertas circunstancias, son: Phillimore, Martens, Laurent, Castel y Bynkershoek.

De excluirse la inmunidad, deberían exigirse salvaguardias para que el embargo se ejerza únicamente en contra de Estados que realicen actividades ordinariamente calificadas de comerciales, en materias relacionadas con estas actividades y exclusivamente respecto a bienes empleados en conexión con ellas. Esta salvaguardia puede consistir en sujetar tal embargo a la autorización de la autoridad política del gobierno nacional respectivo.

IV. INMUNIDAD DE LAS EMPRESAS ESTATALES

El problema se centra en el hecho de si debe o no concederse inmunidad a una empresa comercial que pertenece en todo o parte a un Estado extranjero.

Es a menudo difícil determinar si una empresa constituye o no un órgano estatal, sea en consideración al carácter de sus actividades o la materia de sus funciones, por cuanto cada Estado tiene su propia ideología en lo que respecta a sus funciones gubernativas. Pareciera que el único criterio posible a seguir para declarar si la empresa debe o no solicitar inmunidad, es si la empresa en cuestión constituye o no una parte esencial del gobierno central de cada Estado.

1. *Práctica Inglesa.* Dos fallos judiciales, citados a menudo a propósito del tema analizado, ilustran mejor el problema planteado: los casos *Krajina v. Agencia Tass* y *Baccus S. R. L. v. Servicio Nacional del Trigo*.

En el primer caso, el demandante alegó ante los tribunales ingleses haber sido difamado por un periódico publicado por la demandada, la Agencia Tass, Agencia noticiosa soviética. La demandada compareció condicionalmente alegando inmunidad de jurisdicción por ser un *departamento del Estado Soviético*, acreditando tal calidad con certificado del embajador ruso.

La corte rechazó la demanda, sosteniendo en su fallo que se comprobó que la Agencia Tass era un dpto. gubernamental, y en tal carácter, tenía derecho a inmunidad.

El juez Singleton estimó, por su parte, que si Tass fuera una entidad legal independiente, el dictamen no habría sido el mismo.

En el caso *Baccus*, el problema se centró en una sociedad anónima española, el Servicio Nacional del Trigo, entidad legal independiente y, al mismo tiempo, un departamento del Estado español, creado para importar y exportar cereales para el gobierno, de acuerdo con las instrucciones del Ministerio de Agricultura español. A raíz de ciertas dificultades, los compradores demandaron al Servicio ante los tribunales ingleses. Luego que el Servicio compareció incondicional y definitivamente en el proceso, alegó posteriormente inmunidad basándose en que era una *repartición del Estado español*, y que los trámites judiciales los había realizado un funcionario que carecía de facultades para ello. La Corte, por mayoría, acogió la excepción de inmunidad.

El problema analizado tiene evidentemente íntima conexión con la materia tratada más arriba en que se analizan la doctrina y la jurisprudencia respecto de la inmunidad de que pueden gozar los Estados extranjeros. Si un país es receptivo a la teoría clásica de la inmunidad de jurisdicción,

la otorgará a una empresa que constituye un órgano estatal. En aquellos países que distinguen entre actos *jure imperii* y actos *jure gestionis*, la acogida dependerá del tipo de actividad desarrollada por la empresa en cuestión.

Otro aspecto que conviene mencionar es que para alegar inmunidad de jurisdicción por parte de las empresas estatales, no tiene relevancia el tipo de organización que puede haber adoptado la empresa en su constitución. "El hecho de que un determinado Ministerio, Departamento o entidad, o llámese como se quiera, sea o no un ente organizado como sociedad anónima, es simplemente un asunto de mecanismo gubernamental. Si algún Estado extranjero, por ejemplo Muritania, posee una flota y le parece adecuado entregar los asuntos de la marina en manos de una Junta Naval, digamos la Junta Naval de Muritania, me parece imposible que pueda sostenerse que una demanda representada contra la Junta Naval de Muritania no es contraria a la inmunidad soberana de Muritania"²³. La práctica inglesa ha sido consecuente con su adhesión a la teoría de la inmunidad absoluta, como lo señalan los dos ejemplos recién anotados. En tanto la empresa en cuestión sea estatal, no importa para la decisión de los tribunales de si está o no actuando *jure gestionis*. Sin embargo, como se dijo más arriba, luego del fallo dado en el caso *Port Alexandre*, bien podría la Cámara de los Lores adoptar la teoría de la inmunidad restrictiva. En este supuesto, la constitución de la entidad sería irrelevante y todo dependería de si realiza actividades comerciales o gubernamentales.

Las empresas estatales están exentas de la jurisdicción nacional, aun en lo relativo a sus actividades comerciales. En *Compañía Mercantil Argentina v. U. S. Shipping Board* (1924) la Corte de Apelaciones acordó inmunidad por ser el demandado una repartición ministerial de los Estados Unidos, a pesar de estar efectuando actividades comerciales.

En el caso *Baccus*, la Corte estimó que las actividades de importar y exportar trigo estaban dentro del moderno concepto de las funciones del Estado.

Estas decisiones, y aun las del caso *Baccus*, sugieren que los tribunales ingleses aceptan como concluyente el certificado diplomático que acredita que la entidad que realiza negocios en Inglaterra es una empresa estatal.

2. *Práctica Norteamericana.* Al decidir los tribunales de Estados Unidos si una determinada entidad es acreedora a inmunidad, no se sienten obligados por la ley del Estado extranjero del cual alegan ser parte. La decisión dependerá: 1º Si la empresa extranjera es claramente una

²³ C. M. Schmitthoff, *supra* nota 3, en 465.

repartición estatal de un gobierno extranjero, le será otorgada la inmunidad (*Piascik v. British Ministry of War Transport*, 1955); 2° Si la entidad extranjera es autónoma, se rige por su propia norma constitutiva, y si una agencia estatal o un departamento de gobierno análogo existe en los Estados Unidos, los tribunales declinarán su jurisdicción (*De Simone v. Transportes Marítimos del Estado*, 1920); 3° Se otorgará jurisdicción si el Depto. de Estado constata que la entidad es un órgano ministerial del Gobierno extranjero, realice o no actividad comercial. En *Miller et al. v. Ferrocarriles del Pacífico de Nicaragua* (1941), *U. S. of México v. Schmuck* (1945) y *FW Stone Engineering Co. v. Petróleos Mexicano* (1945) se otorgó inmunidad a agencias de gobiernos extranjeros; 5° Si las entidades extranjeras se “incorporan” bajo la legislación general de las corporaciones y devienen en una Cía. ordinaria de comercio, la práctica general es someterla a la jurisdicción local. No hay que olvidarse, sí, del caso *Victory Transport Incorporated v. Comisaría General de Abastecimientos y Precios*, fallado en 1964 por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Nueva York, que marca una importante modificación sobre el particular, sin desconocer por cierto el retroceso que implica el fallo de este mismo Tribunal en el caso *Isbrandsen Tankers Inc. v. President of India*, en 1971.

El 22 de enero de 1973 se remitió al Senado de los EE. UU. un proyecto de Ley que en su sección 1605 (2) niega la inmunidad a un Estado extranjero en toda acción que esté basada en una actividad comercial desarrollada por dicho Estado en los EE. UU.

La sección 1603 (b) define la actividad comercial ya sea como una forma regular de conducta comercial, o una transacción o un acto particular de comercio. El carácter comercial de una actividad será determinado por la *naturaleza* de la conducta comercial o de la transacción o del acto particular, antes que por su *propósito*.

“...es irrelevante el hecho que las mercaderías o servicios a ser obtenidos a través del contrato sean destinados para algún propósito público. Este contrato será considerado un acto comercial, aún cuando su objeto sea ayudar a una función pública”²⁴.

En la sección 1604 se establece que un Estado extranjero estará inmune a la jurisdicción de los tribunales de los Estados Unidos, salvo las excepciones previstas en la sección 1605, que son las siguientes:

1. si el Estado extranjero ha renunciado a su inmunidad, explícita o implícitamente, sin que esta renuncia pueda ser dejada sin efecto por el Estado con posterioridad a la acción legal presentada en su contra.

²⁴ N. E. LEACH, C. T. OLIVER & J. M. SWEENEY, *supra* nota 12, en 338.

2. si la acción está basada en una actividad comercial realizada en los EE. UU. por el Estado extranjero; o relativa a un acto llevado a cabo en los EE. UU. en conexión con una actividad comercial del Estado extranjero efectuada en cualquier lugar y que tenga un efecto directo dentro del territorio de los EE. UU.

3. cuando están en discusión Derechos sobre propiedades tomadas en violación del Derecho Internacional y esos bienes u otros que los sustituyen se hayan presentes en los EE. UU. en relación a una actividad comercial llevada a cabo en éste por el Estado extranjero, o esa propiedad o bienes que la sustituyen es poseída u operada por una agencia o institución de un Estado extranjero o una subdivisión política de éste y tal agencia o institución está realizando una actividad comercial en los Estados Unidos...

5. cuando son demandados daños pecuniarios de un Estado extranjero, debido a perjuicios personales, o por muerte, o daños a la propiedad o pérdida de ésta, causados por un acto u omisión negligente o culpable del Estado extranjero en los EE. UU., o por cualquier representante o empleado de aquél.

En lo referente a la inmunidad de ejecución, los valores de un Estado extranjero estarán inmunes en los EE. UU. de toda ejecución y embargo con las excepciones previstas en el párrafo 1610:

1. si tal ejecución o embargo se refiere a una acción que está basada en un acto comercial o en derechos en la propiedad tomada en violación del Derecho Internacional y que se encuentra en los Estados Unidos en conexión con tal actividad.

2. si el Estado extranjero o su subdivisión política ha renunciado a su inmunidad para propósitos de ejecución, sin que esta renuncia pueda ser dejada sin efecto por el Estado con posterioridad a la acción legal presentada en su contra.

Están inmunes de ejecución (párrafo 1611) los siguientes valores:

1. los valores del Banco Central extranjero o de la autoridad monetaria tenidos para su propio presupuesto, o

2. los valores están o pretenden ser usados en conexión a una actividad militar y

a) tienen un carácter militar, o

b) están bajo control de una autoridad militar o de un Departamento de Defensa ²⁵.

3. *Práctica Francesa*. Para quedar exentas de jurisdicción las entidades extranjeras que soliciten inmunidad estatal deben probar, o que son órganos de un Estado extranjero o, a lo menos, representantes lega-

²⁵ *Id.* Documentary Supplement 246-48 (1973).

les de un Estado extranjero. Respecto a las actividades comerciales de agencias estatales extranjeras, los tribunales han rechazado generalmente la solicitud de inmunidad, aunque a veces no han seguido una actitud consecuente con ella.

En *Lakhowsky c. Gouvernement Federal Suisse et Col. Reynier* (1914) el tribunal civil del Sena asumió jurisdicción en contra de la Oficina Suiza de Transportes Exteriores establecida por el gobierno suizo para asegurar los servicios de suministros suizos durante la I Guerra. Se denegó inmunidad sobre la base de que el contrato no fue efectuado por el gobierno suizo, sino que fue una transacción comercial concluida por una entidad diferente. La Corte de Apelaciones revió el fallo sobre la base de que no hubo objetivos comerciales, sino consideraciones políticas.

En otro juicio, la Corte sostuvo que "el Patronato Nacional de Turismo" era una organización estatal y que el demandado era un depto. estatal sin carácter comercial. Otorgó inmunidad (*Société Viajes v. Office National du Tourisme Espagnol*, 1936).

En el juicio *Oficina de Aceites v. Domenech* (1938), el demandante sostuvo que formaba parte integral de la administración del Estado español. A pesar de reconocerse este carácter, el Tribunal de comercio de Marsella rechazó la solicitud de inmunidad, en atención a que las actividades del demandante debían ser consideradas de carácter comercial.

Lo que es determinante para los tribunales franceses es, en consecuencia, *el carácter de las actividades desarrolladas* por las entidades que demandan la inmunidad de jurisdicción. Lo sorprendente es que en Francia, en donde ha habido un solo caso de sometimiento a los tribunales de un Estado que realiza actos comerciales, hay incontables casos en que sus agentes comerciales son sometidos a los tribunales.

4. *Práctica Alemana.* Antes del juicio *The Ice King* (1921), los tribunales alemanes habían asumido jurisdicción en caso de reparticiones estatales extranjeras actuando *jure gestionis*.

Desde 1921 han adoptado la doctrina absoluta de inmunidad. Es así que los Estados extranjeros y las reparticiones estatales gozan de inmunidad a pesar de sus actividades comerciales. La excepción la constituyen las actividades comerciales en el dominio del derecho marítimo (Alemania ratificó la convención de Bruselas de 1926). También parece existir una modificación de la teoría absoluta desde que en el caso *Re Danish State Railway in Germany* (1953) se adoptó la teoría restrictiva basada en la distinción de actos *jure imperii* y *jure gestionis*.

5. *Práctica Italiana.* La jurisprudencia italiana se inclina abiertamente a restringir la inmunidad para actos de naturaleza privada. Esta práctica, que data desde 1866, ha sido confirmada en innumerables ocasiones. Así, en 1928, en el caso *Perruchetti c. Puiggy Cassauro* se sostuvo que el em-

bajador mexicano, aunque actuaba como representante estatal, estaba sometido a la jurisdicción de los tribunales respecto a la compra de una propiedad para ser usada como edificio de la embajada. La transacción se estimó de derecho privado.

La práctica ha sido consistente en que si una agencia de un Estado extranjero realiza operaciones comerciales en Italia, ella representa al Estado extranjero como una persona privada. Así, en el juicio *U. S. Shipping Board c. Società Italiana Cementi* (1925), se dijo que la entidad legal no podría ser identificada con el gobierno norteamericano, en atención al carácter de las operaciones efectuadas.

En 1951, en el juicio *Floridi c. Sovexport Film*, el tribunal de Roma sostuvo (contrario al fallo de la Tass en el Reino Unido) que Sovexport Film tenía una personalidad legal diferente, constituyendo una entidad económica distinta del Estado Nacional de la Unión Soviética.

Cabe mencionar, por último, que cuestiones relacionadas con empleos o despidos de empleados de entidades públicas extranjeras, son consideradas "actividades públicas" al margen de la jurisdicción de los tribunales italianos (*Department of The Army in USA c. Gori Savellini*, 1955).

En Bélgica y Egipto también las entidades de gobiernos extranjeros son sometidas a la jurisdicción local. En Holanda, en cambio, ha habido un solo caso en donde las agencias estatales han sido sometidas a los tribunales.

Finalmente, diremos que tanto los EE. UU. como la Unión Soviética, han concluido tratados con terceros países que tienden a evitar que las agencias estatales extranjeras queden inmunes de la jurisdicción de los tribunales locales.

Una primera conclusión que arroja el examen de jurisprudencia internacional, es que aun en aquellos países que se consideran fieles a la teoría clásica de inmunidad absoluta, se sujeta a su jurisdicción a las empresas comerciales estatales independiente del hecho de si quedan igualmente sometidos a su jurisdicción, se ha revelado más estricta y severa con las empresas comerciales estatales, que con el Estado mismo, cuando actúa éste directamente en territorio extranjero.

Una segunda conclusión que arroja el mismo examen, es que si un Estado actúa a través de una entidad que se considera que forma *parte integrante del Gobierno de dicho Estado*, la jurisprudencia arroja una tendencia a su inmunidad, siempre que no realice actividades comerciales.

Analizada la jurisprudencia inglesa, los casos Tass y Baccus son reveladores. En el primer caso, a la Corte le bastó acreditar el hecho de que la Agencia Tass era un *Depto. del Gobierno Soviético*. Y en el caso Baccus llegó a otorgar inmunidad incluso a una sociedad anónima española —el Servicio Nacional del Trigo— que había ya comparecido al juicio incondi-

cional y definitivamente, por el hecho de ser una *repartición del Estado español*. En ambos casos bastó acreditar este carácter gubernamental para que los tribunales no necesitaran distinguir entre actos *jure imperii* y actos *jure gestionis*.

Asimismo, en *Compañía Mercantil argentina v. U. S. Shipping Board* (1924), la Corte de Apelaciones acordó inmunidad al demandado, a pesar de estar efectuando actividades comerciales, por ser una repartición ministerial del gobierno de los EE. UU.

En tanto el que invoca la inmunidad de jurisdicción sea un órgano estatal, para los tribunales ingleses no tendrá relevancia alguna si su actividad fue o no un acto *jure gestionis*. Aún más, frente a actos claramente comerciales, la Corte de Apelaciones de Inglaterra, en el juicio *Compañía Mercantil Argentina v. U.S. Shipping Board*, concedió la inmunidad, no obstante reconocer dicho carácter a la actividad del demandado, por ser él un departamento del Gobierno de los EE. UU.

Si la inmunidad de jurisdicción se solicita ante los tribunales de los EE. UU., el fallo citado, *Piascik v. British Ministry of War Transport* (1945), determinó que es acreedora a la inmunidad de jurisdicción la repartición estatal de un gobierno extranjero.

En innumerables fallos (*Miller et al. v. Ferrocarriles del Pacífico de Nicaragua*, 1941; *US of México v. Schmuck*, 1945; *FW. Stone Engineering Co. v. Petróleos Mexicanos de México*), el Depto. de Estado de los Estados Unidos otorgó inmunidad de jurisdicción a lo que estimó eran agencias estatales de gobiernos extranjeros. Sin embargo, el fallo de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Nueva York (1964) ya citado, marca una clara preferencia hacia la distinción entre actos *jure imperii* y actos *jure gestionis*.

Los tribunales franceses exigen acreditar ser un órgano estatal o un representante del Estado para otorgar inmunidad. Es así, que la tendencia es clara en otorgarla siempre que las actividades realizadas no sean comerciales.

Los tribunales alemanes han mantenido, desde 1921, la práctica constante de otorgar inmunidad a los órganos estatales, aun cuando éstos desarrollen actividades comerciales (caso *The Ice King*, 1921). Pudiera, sí, abrirse camino la teoría restringida, ya que en 1953, en el caso *Re Danish State Raylways in Germany*, se hizo una distinción entre actos *jure imperii* y *jure gestionis*. Lo mismo sucede ya en el derecho marítimo, debido a la ratificación alemana de la Convención de Bruselas en 1926.

Los tribunales italianos son los más abiertamente partidarios de la teoría restringida de inmunidad, la que mantienen desde 1886. Basta el hecho que el órgano estatal realice un acto comercial, para quedar sometido a

la jurisdicción de los tribunales italianos. Igual actitud observan los tribunales de Bélgica y Egipto.

Finalmente, los países que constituyen el Comité Legal Consultivo Afro-Asiático han manifestado una tendencia casi unánime —excepción sólo de Indonesia— de no aceptar la inmunidad respecto de actos que puedan ser calificados de comerciales o de naturaleza privada. Le otorgan inmunidad, sí, a un órgano estatal que, considerado integrante del gobierno del Estado extranjero, no realice actos calificados de comerciales.

Lo más importante es que la *entidad forme parte integrante del Gobierno* cualquiera que sea la forma legal en que se haya constituido. Así el juez Jenkins, en el caso *Baccus*, dijo que “el hecho de que determinado Ministerio, Depto. o instrumento o llámese como se quiera, sea o no un ente organizado como sociedad anónima (que era la organización adoptada por el Servicio Nacional del Trigo del gobierno español) es simplemente un mecanismo gubernamental”²⁶.

La jurisprudencia inglesa no otorga inmunidad a las corporaciones de derecho privado por no constituir parte integrante del gobierno. Los tribunales de EE. UU., por su parte, distinguen entre reparticiones de gobierno y corporaciones.

En tanto revistan este último carácter, se les niega toda inmunidad. Así ya en 1826, se establecía que si un gobierno se hace socio de una compañía, se despoja de su carácter soberano y asume el de un particular (*Bank of the US v. Planter's Bank of Georgia*). Las corporaciones en las cuales el gobierno tiene interés, no son reparticiones de gobierno. (*US Shipping Board Mergency Fleet Corp. v. Western Union Telegraph*).

En 1921, la Corte del distrito de Nueva York —*Coale v. Société Cooperative Suisse de Charbons*— sostuvo que una corporación suiza formada por el gobierno suizo para importar carbón y cuyas ganancias sobre un 6% eran de él, estaba sometida a su jurisdicción.

En *Haunes v. Kingdom of Roumania Monopolies Institute* (1940), a pesar de que el demandado era de propiedad total del gobierno y estaba sometido completamente a su control, y no obstante los intentos de la defensa de diferenciar entre corporaciones públicas y corporaciones privadas extranjeras, se falló que el Instituto estaba sometido a la jurisdicción local (claro es que fue decisivo, en este caso, el hecho de que el Instituto desarrollaba actividades comerciales, aun cuando entre sus funciones se incluían actividades de derecho público). Como afirma C. Katarov, la particularidad esencial de estas empresas estatales, que él las considera al margen de la distinción tradicional de derecho público y derecho privado —ya que si bien, por una parte, son creadas por un acto

²⁶ C. M. Schmitthoff, *supra* nota 3, en 465.

legislativo o por un acto de la autoridad pública, por la otra, ellas están sometidas al derecho privado—, es su fundamento ideológico, *el interés social, la supresión del interés privado*²⁷.

Si aceptamos la identificación de estas sociedades con el aparato gubernativo mismo en razón de su interés social, estaríamos de acuerdo con la tendencia general de ampliar el campo del derecho público a las actividades que se consideraban tradicionalmente propias del derecho y estaríamos asimismo, reconociendo el hecho de que el Estado actúa siempre en su función pública y social, cualquiera sea el medio legal elegido por él para hacerlo.

Con posterioridad a la nacionalización chilena del cobre, la Kennecott Copper Corporation reclamó, ante los tribunales de Francia, la propiedad del cobre exportado por el Estado chileno, suscitándose, entre otros problemas legales, si la Corporación del Cobre, a cuyo cargo estaba la comercialización del cobre chileno, gozaba o no de inmunidad de jurisdicción.

El Tribunal francés de jurisdicción general de París falló el 29 de noviembre de 1972, declarando que la Corporación del Cobre, de acuerdo a los estatutos legales chilenos que regulaban su constitución, aparecía como una institución nacional que tenía su propia personalidad legal, formalmente distinta del poder central del Estado. Estableció que su único y especializado propósito era promover la producción y comercialización del cobre y sus productos derivados, asegurando el control del mercado cuprífero tanto en sus aspectos interno como exterior y que sus capitales estaban constituidos por un aporte fiscal de bienes para llevar a cabo sus finalidades.

“Considerando que para llevar a cabo su propósito, la Corporación del cobre actúa especialmente en las transacciones internacionales de acuerdo a los mecanismos y formas de una sociedad de derecho privado; que los contratos de venta firmados con Trefimetaux y la Groupement d'importation des Metaux excluye cualquier recurso a los métodos usualmente vinculados con el poder público; por el contrario, incluye la obligación de las partes de someterse, en caso de disputa, a un arbitraje privado, de acuerdo a las reglas de la Cámara Internacional de Comercio de París.

“Considerando que si en esas circunstancias la Corporación del Cobre debe ser considerada como actuando a nombre y en representación del Estado chileno para el control y el desarrollo de la propiedad nacionalizada, no puede, con ocasión del presente litigio oponerse al examen por este tribunal... de una petición que se refiere a un acto de su propio control y el cual está necesariamente ligado a su misión comercial.

²⁷ K. Katzarov, *Nouveau Aspects de l'Immunité Judiciaire de l'Etat*, 3 REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ 436 (1951).

“Considerando el estado chileno está facultado para adoptar soberanamente medidas relativas al desarrollo de sus recursos naturales en su territorio nacional, no obstante lo cual, no se reconocen en Francia los efectos legales al desposeimiento realizado por un Estado extranjero, sin una indemnización equitativa, razón por la cual debe recurrirse a la medida de una investigación necesaria para resolver sobre la disputa referente a la efectividad de tal indemnización...

Por estas razones

Rechaza la solicitud de inmunidad soberana. . .”²⁸.

V. ATRIBUCIONES Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA CORPORACIÓN DEL COBRE

Constituyendo el cobre la principal riqueza nacional alrededor de la cual se sustenta toda la economía del país, ha sido siempre política tradicional del Estado chileno obtener la máxima participación en la venta y comercialización, la que se ha manifestado a través de diversas leyes dictadas sobre el particular. Así la Ley 10.255 de 1952, en su Art. 1º, facultó al Presidente de la República para fijar periódicamente la cantidad de cobre refinado, electrolítico, standard y blister, que podían exportar las empresas de la Gran Minería.

La Ley 11.828, que derogó la Ley 10.255 y que restituyó a las empresas productoras la facultad de vender el cobre en el exterior, *reservó al Estado* el derecho de autorizar o no autorizar las exportaciones de cobre a través de un organismo estatal que creaba en dicha ley: El Departamento del Cobre (Art. 18º letra b). Aunque la Ley 11.828 restituyó a las compañías productoras la facultad de vender cobre en los mercados internacionales, reconoció al Estado el derecho de realizar *directamente ventas determinadas* en ciertos casos especiales, a través del Departamento del Cobre y en representación de las compañías productoras. Este Departamento que se crea, es un *órgano del Estado*, regulado en su actividad por normas de derecho público.

En 1966 se dicta la Ley 16.425, que modificó la Ley 11.828 transformando el Departamento del Cobre en la Corporación del Cobre (CODELCO), con más atribuciones que el anterior. Así, está facultado no sólo para autorizar las exportaciones del cobre y sus subproductos, sino además para comprobar y *aprobar o denegar los contratos*, precios, fletes, seguros y demás modalidades de venta... (Art. 18 letra c); para *contratar directamente ventas de cobre* en representación de las empresas productoras y también para *vender*, exportar y distribuir cobre por su *cuenta* o en representación de las empresas productoras (Art. 18 letra e).

²⁸ N. E. LEACH, C. T. OLIVER & J. M. SWEENEY, *supra* nota 12, en 1141-45.

Además, y lo más importante, la ley 16.425 facultó al Presidente para decretar “sin excepción alguna”, *el monopolio del comercio internacional del cobre chileno y de sus subproductos*, en determinadas circunstancias. Decretado el monopolio, el Directorio de CODELCO o su Comité de Monopolio, no venden cobre por su cuenta sino como un *órgano estatal*, encargado por la ley del ejercicio del Monopolio. No venden por mandato o comisión de las empresas productoras, sino en cumplimiento de las atribuciones y derechos que les confiere la ley como *órganos del Estado*.

Es el Presidente de la República, Jefe Supremo de la Nación, la autoridad encargada de decretar el monopolio, lo que efectúa mediante decreto supremo. Esta circunstancia, junto al hecho de que la finalidad del monopolio consiste en que las ventas se realicen en forma compatible con los intereses del Estado, evitando situaciones “que comprometan el interés nacional” (Art. 16. de la Ley 16.624), demuestra que el monopolio es, *estatal*.

Poco antes de la nacionalización del Cobre, CODELCO asumió la venta exclusiva del cobre producido por las Cías. Mixtas, que ya se habían constituido, modificando así la situación hasta ese entonces vigente, que permitía a las Cías. privadas vender ellas en el exterior, por medio de sus propias organizaciones de ventas, el cobre producido.

Decretada la nacionalización, contenida en la Reforma Constitucional de la Ley 17.450, del 15 de julio de 1971, se incorporan al pleno y exclusivo dominio de la Nación las empresas de la Gran Minería del Cobre y, además, la Compañía Minera Andina. La misma Reforma Constitucional determinó que el estado tomará posesión material inmediata de los bienes de estas empresas, en la oportunidad fijada por el Presidente de la República.

En cuanto a la comercialización, el Estado, nuevo propietario de las empresas productoras, mantuvo el mandato que las Sociedades Mixtas, poco antes de la nacionalización, habían otorgado a CODELCO para vender el cobre de su producción. El mandato para vender, otorgado por las Mixtas a CODELCO, no fue revocado. CODELCO pues, vendía el cobre como mandatario del Estado, productor y dueño de las empresas productoras.

Este sistema se mantuvo hasta el 15 de julio de 1972, fecha de publicación del DFL N° 1, que constituyó cinco sociedades colectivas del Estado para que tomaran a su cargo cada una de las cinco empresas productoras de cobre nacionalizadas: Compañía de Cobre de Chuquicamata, Compañía Minera Exótica, Compañía del Cobre Salvador, Compañía Minera Andina y Sociedad Minera “El Teniente”.

El capital de cada una de las sociedades colectivas del Estado se asignó en un 95% a la Corporación del Cobre y en un 5% a la Empresa Nacio-

nal de Minería, ambos organismos estatales (La disposición 17ª, letra j) de la Constitución dispuso: "El capital de las empresas nacionalizadas pasa al dominio de la Corporación del Cobre y de la Empresa Nacional de Minería en la proporción que fije el Presidente de la República por Decreto Supremo. En consecuencia, dichas instituciones son los únicos socios de las sociedades afectadas por la nacionalización. Las Sociedades integradas son las continuadoras legales de las compañías nacionalizadas". . .).

El cobre, entonces, a partir del 15 de julio de 1972, pasa a ser producido en la respectiva mina y planta de beneficio, por cada una de las cinco sociedades colectivas del Estado las que, en virtud del Decreto con fuerza de Ley N° 1, artículo 3º, letra d), tienen como una de sus finalidades vender, exportar, consignar y, en general, comercializar el cobre y demás minerales productos o subproductos de éstos, *a través del socio Corporación del Cobre*.

O sea, CODELCO entra a vender el cobre producido por las sociedades colectivas del Estado, en virtud de las normas de derecho público contenidas en el DFL N° 1, impuestas a él como órganos del Estado. No hay mandato por las sociedades colectivas del Estado a CODELCO, sino una función atribuida *directamente por el Estado a CODELCO, para la venta del cobre*.

Con fecha 24 de octubre de 1972 se publicó en el Diario Oficial, el Decreto Supremo N° 57, del Ministerio de Minería, por el cual el Presidente de la República estableció el monopolio del comercio internacional del cobre y sus subproductos (de conformidad con el Art. 16, de la Ley 16.624 y su Reglamento). Se fija un año de duración y se encomienda su ejercicio al Directorio de CODELCO. Decretado el monopolio, el Directorio de CODELCO o su Comité de Monopolio pasaron a vender el cobre en el ejercicio de sus facultades enteramente *ajenas a la nacionalización*. Esta venta se realiza por el órgano estatal, por cuenta de los propietarios, pero no por mandato o comisión de éstos.

De todo lo expuesto cabe concluir que CODELCO puede intervenir en la comercialización del cobre en dos situaciones: 1º De conformidad con lo establecido en el DFL N° 1, dictado de acuerdo con una de las normas constitucionales, mediante las cuales se llevó a cabo la nacionalización, es la sociedad colectiva del Estado Chileno —sociedad compuesta por dos socios, ambos órganos estatales: CODELCO y ENAMI, propietarios del 95% y 5% del capital social, respectivamente— dueña de las cinco empresas productoras del cobre nacionalizadas, la que "*vende*", exporta, consignar y en general *comercializa* el cobre y demás minerales productos o sub productos de éstos, *a través del socio Corporación del Cobre* (Art. 3º letra d del DFL N° 1). Cabe sí recordar, que como CODELCO vende en

razón de normas de Derecho Público, que le imponen esa función en calidad de órgano del Estado, sin que medie mandato de la Sociedad, CODELCO puede vender a nombre propio o a nombre de éstas. 2º Decretado el Monopolio, situación transitoria, en conformidad con lo establecido en el Art. 26 de la Ley 16.624 y su reglamento, se crea un monopolio del Estado. No es ya una facultad o derecho de CODELCO: es el *Estado* quien toma a su cargo la comercialización del producto. El Directorio de la Corporación del Cobre o su Comité de Monopolio, ya no venden cobre por su cuenta ni por mandato de la Sociedad, dueñas de las empresas productoras del cobre, sino que la Corporación actúa como un *órgano estatal*, encargado por la ley del ejercicio del monopolio.

En conclusión, la Corporación del Cobre actuando en virtud de la facultad por el DFL. N° 1 de 1972 tendría derecho a la inmunidad de jurisdicción alegada, acreditando que la sociedad colectiva estatal, cuyos socios son organismos públicos chilenos, cuyo capital social está formado por patrimonio estatal y cuya administración está entregada a un organismo estatal y con utilidades que son entregadas en definitiva al Estado, forma parte integrante del Gobierno chileno.

La Corporación del Cobre, decretado el monopolio de la Ley 16.624 y su reglamento podría impetrar la inmunidad de jurisdicción ante tribunales extranjeros, ya que las actividades comerciales de venta y comercialización que el Estado chileno desarrolla, son actos *jure imperii, de acuerdo* a la nueva concepción de defensa del Derecho soberano de los países en estado de desarrollo de nacionalizar y comercializar sus riquezas y recursos naturales, como lo expondré a continuación.

Ya nos hemos referido al hecho de que antes del siglo XX, la mayor parte de los actos de los Estados soberanos eran calificados como actos imperii o actos públicos del Estado. Todos los actos de éste eran aceptados como totalmente inmunes a la jurisdicción de los tribunales nacionales extranjeros. Sin embargo, a medida que se hizo más importante y notoria la intervención del Estado en materias comerciales, la teoría clásica de la inmunidad absoluta de jurisdicción fue cediendo paso a la llamada teoría restringida que sigue aceptando la inmunidad del estado en lo relativo a sus actos públicos o soberanos —*jure imperii*—, pero no en lo relativo a sus actos privados o *jure gestionis*, quedando incluidas en esta última calificación, sus actividades comerciales. Examinada la actitud adoptada por los diferentes tribunales nacionales extranjeros concluimos afirmando que en la casi totalidad de los países se aceptaba ahora la teoría de la inmunidad restringida, que no otorga la inmunidad de jurisdicción a Estados que realizan actividades comerciales, y que las excepciones eran los tribunales del Reino Unido, de los Estados Unidos, de Alemania, Japón y algunos otros, aunque manifestándose tendencias que llevan a de-

bilitar el apego de estos países y la teoría clásica de la inmunidad absoluta.

Pese a lo anterior, también mencionamos la circunstancia de que existe una gran confusión frente a los intentos de diferenciar entre los actos soberanos de los Estados extranjeros y los actos no-soberanos de éstos, no existiendo una práctica uniforme en los tribunales de los países que aplican la teoría de la inmunidad restringida (Lord Denning, en el juicio Nizam de Hyderabad, 1957, decía: “no hay práctica uniforme, no hay regla uniforme”). Lo que para algunos una actividad es de derecho público, para otros es de derecho privado. En las páginas anteriores nos referíamos latamente a esta materia, indicando, además, que se han formulado dos teorías para diferenciar los actos *iure imperii* de los actos *iure gestionis*: la teoría de los *objetivos del acto* que define al acto según la finalidad que persigue, y la teoría según la *naturaleza del acto*: lo que importa para esta teoría es si el acto permite o no que sea celebrado por un particular. Nos referíamos anteriormente a la crítica formada en estas teorías.

No existiendo un criterio uniforme sobre el particular, como lo señalaba el juez Denning, el suscrito coincide con la opinión manifestada en el juicio *Baccus* al referirse a la actividad comercial de importación y exportación de trigo desarrollada por el Servicio Nacional del Trigo. Esta actividad cae dentro del moderno concepto de las funciones del estado. La Corte de los Estados Unidos, en el caso *Pesaro* manifestó, tal como lo señalamos más arriba. “Cuando con el objeto de realizar el comercio de su pueblo o proporcionar entradas al erario, un gobierno adquiere, dota o explota barcos comerciales, son barcos públicos en el mismo sentido que estime que el *mantenimiento y progreso del bienestar económico de un pueblo constituya en menor medida un fin público que el mantenimiento o adiestramiento de fuerzas navales*”.

Si “ya no se acepta, de manera general, que la actividad económica del Estado, como la administración estatal de una industria, las adquisiciones y ventas realizadas por el Estado, deben ser actos exclusivos de derecho privado, que son estos *iure gestionis*, y que al realizarlos el Estado actúa como un particular”²⁹. Con mayor razón, actos soberanos, como el realizado por el gobierno de Chile —la recuperación de sus riquezas básicas—, con su consiguiente comercialización —acto necesario para perfeccionar la nacionalización— no pueden ni deben ser considerados actos *iure gestionis*.

La recuperación por parte de un Estado en proceso de desarrollo como lo es Chile, de su riqueza más fundamental, debería otorgarle a la comercialización del cobre que él realiza, un tratamiento diferente al que

²⁹ H. Lauterpacht, *supra* nota 1, en 269.

ordinariamente, y hasta ahora por falta de casos judiciales semejantes al que se ha visto afectado nuestro país, han otorgado los tribunales nacionales extranjeros.

Nada impediría sostener la tesis de que la comercialización del cobre es un requisito necesario para completar el proceso de la nacionalización, y que debe ser incluida, por consiguiente, en los *actos jure imperii*. El caso Pesaro puede ser invocado para tal efecto. Al sostenerse que la recuperación y comercialización de las riquezas básicas para un Estado es un típico objetivo gubernamental que fue necesario para el progreso y bienestar económico de un país en desarrollo como Chile, como lo sería también la defensa nacional, los tribunales nacionales extranjeros, que siguen la teoría de los *objetivos del acto*, podrían acoger la solicitud de la inmunidad.

Si consideramos que de acuerdo a la legislación chilena, una actividad como la venta y comercialización del cobre, debe ser necesariamente estatal, y no puede quedar, por consiguiente, en manos de particulares, resulta entonces que tales actos emanan del *imperium* del Estado, lo que debería ser reconocido así por los tribunales nacionales extranjeros.

Así, el juez Fitzmaurice sostiene que es difícil hacer una distinción teórica entre los actos soberanos y no-soberanos en países en que se prohíba a los particulares ejecutar actos que podrían ejecutarse en otros países (Ejemplo: La Unión Soviética), y que, en consecuencia, siendo las actividades comerciales monopolios estatales, al realizarse un acto de comercio se realiza un acto soberano, por lo que no resultaría aplicable la tesis de la naturaleza del acto en materia de inmunidad restringida³⁰.

Sobre el particular, cabe señalar que si bien es posible aplicar parte de lo dicho por Fitzmaurice a Chile, habría que diferenciar claramente la situación de un país industrializado como la Unión Soviética (fallos recaídos sobre las actividades de la Delegación Comercial de la Unión Soviética se señalan más arriba, de la situación chilena, país en estado de desarrollo, cuya economía se basa casi exclusivamente en el beneficio que pueda obtener de su riqueza fundamental en los mercados internacionales.

El argumento de que la nacionalización del cobre debiera haber ido acompañada de su comercialización por el Estado, para obtenerse un mejor aprovechamiento de ella, y que constituyen actos propios del *imperium* del Estado, fue reconocido por la resolución 2158 (XVI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 25 de noviembre de 1966. En efecto, en uno de sus considerandos se establece: "...Considerando que, para proteger el ejercicio de la soberanía permanente sobre los recursos

³⁰ G. G. Fitzmaurice, *supra* nota 7.

naturales (soberanía permanente reconocida en la resolución 1.803 del período XVII, de 14 de diciembre de 1962, de la Asamblea General de las Naciones Unidas en que se reconocía el derecho de los pueblos a la nacionalización de sus riquezas y recursos naturales), es indispensable que su explotación y *comercialización* estén orientadas a lograr la más elevada tasa posible de crecimiento de los países en desarrollo.

“Considerando, además, que este objetivo se puede *conséguir mejor cuando los países en desarrollo están en condiciones de atender por sí mismos la explotación y comercialización de sus recursos naturales* para que puedan ejercer su libertad de elección en los diversos campos relacionados con la utilización de los recursos naturales en las condiciones más favorables.

“2. Declara, por consiguiente, que las Naciones Unidas deben emprender un esfuerzo concertado máximo para encauzar sus actividades de modo que todos los países puedan ejercer plenamente este derecho (el derecho inalienable de todos los países a ejercer la soberanía permanente sobre sus recursos naturales).

“3. Afirma que dicho esfuerzo debe contribuir a lograr el máximo aprovechamiento posible de los recursos naturales de los países en desarrollo y a fortalecer su capacidad para emprender ese *aprovechamiento por sí mismo, de manera que puedan ejercer efectivamente su libertad de elección decidiendo la forma como debe llevarse a cabo la explotación y la comercialización de sus recursos naturales*”³¹.

En las discusiones que precedieron a la aprobación de la Resolución N° 2158, diversos delegados se pronunciaron en el sentido de que el principio de la soberanía se extiende también a la comercialización de los productos obtenidos de la explotación de los recursos naturales: “La mejor manera de lograr la soberanía permanente de los países en desarrollo sobre sus recursos naturales es que los exploten y comercialicen ellos mismos”³².

En dichas sesiones nadie discutió el derecho de cada Estado de comercializar sus recursos naturales; el debate se centró sobre si cada Estado estaba o no en condiciones de comercializar sus recursos directamente y el papel que le correspondía jugar al capital privado sobre el particular.

Como reafirmó el delegado de Chile: “. . . Hay que proceder de modo que el principio de la soberanía se extienda asimismo a la comercialización de los productos obtenidos de la explotación de los recursos naturales”³³.

Es natural que las Naciones Unidas hayan recogido así esta necesidad de los países que han nacionalizado sus recursos básicos o que puedan

³¹ 21 N. U. DO Sup. 16, en 30; N. U. Doc. A/6316 (1966).

³² 20 N. U. DO, 2a Comp. 335 (1965).

³³ *Id.* 386.

hacerlo, de comercializar también, por sí mismos, tales recursos. Y dicho acto soberano de los Estados insuficientemente desarrollados, no ha tenido todavía acogida en los tribunales nacionales extranjeros, justamente debido a su data reciente. Si se ha rechazado hasta ahora la inmunidad de jurisdicción, ello lo ha sido por actos que naturalmente pueden haber sido calificados de comerciales y que no afectaban el desarrollo y bienestar económico de todo un pueblo.

¿Podría acaso, argüirse la tesis de la inmunidad restringida, de que si el Estado desciende al plano de comercio y se dedica a las modestas actividades del hombre de negocio, ya no puede reclamar para sí la dignidad e igualdad de un soberano? Muy por el contrario. Un Estado en desarrollo llega a ser realmente soberano sólo cuando rescata sus riquezas naturales y logra comercializarlas. Sólo entendida así la soberanía, y así lo reconocieron las Naciones Unidas en sus resoluciones N° 1803 y 2158, puede el Estado reclamar inmunidad de jurisdicción. Justamente, la tesis así expuesta por los defensores de la inmunidad restringida, demuestra la afirmación hecha anteriormente por el suscrito: que los actos definidos ordinariamente por la jurisprudencia de los tribunales nacionales como comerciales y eximidos de toda inmunidad, no guardan ninguna similitud con los realizados por el Estado chileno.

El acto de comercialización efectuado por el Estado chileno no es un acto de comercio más. Muy por el contrario: es un acto *jure imperii* íntima y necesariamente ligado a su derecho soberano de nacionalizar su riqueza básica: el cobre.