

### CAPÍTULO III

Las jurisdicciones internacionales . . . . .	47
1. Tribunales que resuelven controversias internacionales . .	47
2. Los tribunales del foro en una controversia sobre productos de empresas nacionalizadas . . . . .	49
3. La inmunidad de jurisdicción . . . . .	51
4. La inmunidad de ejecución . . . . .	59
5. Incompetencia del tribunal del foro según los principios de Derecho Internacional . . . . .	61
6. La competencia de acuerdo con el Derecho interno del tribunal del foro . . . . .	65

## CAPÍTULO III

### LAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES

#### 1. *Tribunales que resuelven controversias internacionales*

Así como en el capítulo 1, párrafo 6, distinguíamos dentro de las reglas jurídicas internacionales a aquellas que forman parte del Derecho Internacional Público, relativas principalmente a las relaciones que se dan entre los Estados mismos, y a las que forman parte del Derecho Internacional Privado, relativas a las relaciones de índole privada que nacen entre particulares que se hallan o se vinculan en diferentes Estados, así también en lo relativo a los tribunales que se encargan de resolver controversias internacionales es preciso distinguir entre los que deciden controversias jurídicas entre los Estados y los que fallan controversias jurídicas que se producen entre particulares.

Los diferendos jurídicos entre Estados<sup>59</sup> no pueden ser sometidos a la decisión de un tribunal sino con la voluntad de todos los Estados en conflicto.<sup>60</sup> La razón de ello es que cada Estado es independiente y soberano y no tiene por encima de él a ningún poder o autoridad, ni siquiera del orden judicial, que pueda arrogarse la facultad de juzgarlo o de forzarlo a aceptar sus sentencias. En consecuencia, el fundamento de toda jurisdicción relativa a los Estados como tales es el consentimiento de ellos.

El juzgamiento de los Estados es, por ello, algo que se da raramente en el campo del Derecho. Los Estados prefieren —y los que han suscrito la Carta de las Naciones Unidas están obligados a ello— arreglar sus controversias por medios pacíficos de entendimiento, como son las negociaciones directas, la mediación y la conciliación.<sup>61</sup>

Cuando los Estados aceptan someterse a la decisión de un tribunal pueden acudir al arbitraje, caso en el cual ellos mismos designan a una o varias personas de su elección encargadas de

<sup>59</sup> Charles Rousseau, en su *Droit International Public*, Dalloz, 9ème édition, 1970, Paris, p. 281, distingue entre los diferendos de orden jurídico entre Estados (justiciables) y los diferendos de orden político (no justiciables) entre ellos.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 299.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 296.

resolver, o bien sujetarse a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, instituida en el artículo 93 de la Carta de las Naciones Unidas, en reemplazo de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional, que se originó en el Pacto de la Sociedad de las Naciones.<sup>62</sup> Conforme al citado precepto, “todos los miembros de las Naciones Unidas son *ipso facto* partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”. Sin embargo, esto último no significa que los Estados miembros estén obligados a someterse a la jurisdicción de la referida Corte; siempre será necesaria su aceptación.<sup>63</sup>

De ello se desprende que en las actuales condiciones de desarrollo del Derecho, no hay tribunal que pueda juzgar a un Estado sino con su consentimiento previo.

Enteramente diferente es la solución cuando se trata de controversias internacionales privadas que surgen entre particulares. Respecto de ellas, cada Estado tiene sus propias reglas de competencia, en las que indica los casos y materias de que deben conocer sus tribunales; pero estas reglas no indican qué tribunal extranjero debe conocer de aquéllos que éstas descartan.<sup>64</sup> Puede ocurrir que haya controversias que queden sometidas a la jurisdicción nacional de uno o varios de los Estados envueltos, pues la falta de una regla internacional que defina las jurisdicciones hace que a veces varios de los tribunales nacionales posibles se arroguen la facultad de conocer de ellas. Esto supone que la voluntad de uno o de todos los interesados, el país en que se hallen, el lugar en que se encuentren las cosas disputadas u otras circunstancias contingentes pueden hacer que el asunto litigioso quede sometido en la práctica a un tribunal determinado de entre los varios tribunales nacionales que conforme a su legislación propia podrían conocer de él.

Se advierte, entonces, que cuando se trata de controversias privadas entre particulares la incertidumbre alcanza tanto a cuál será la legislación de un determinado Estado conforme a la que deberán ser resueltas, como a cuál será la nacionalidad del tribunal

<sup>62</sup> *Ibid.*, pp. 328 y ss.

<sup>63</sup> Esta necesidad de aceptación debe entenderse sin prejuicios de la llamada “cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria” que se contiene en el artículo 36, inciso 2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, conforme a la cual los Estados signatarios de un protocolo adicional declaran aceptar por anticipado, de pleno derecho y sin convención especial, la competencia obligatoria de la Corte para el juzgamiento de litigios jurídicos.

<sup>64</sup> Ver: Martin Wolff, *op. cit.*, nota 9, pp. 14 y 19 y ss. También Henri Batiffol, en *Droit International Privé*, 5ème édition, Paris, 1970, tome II, p. 346.

interno (que no necesariamente debe coincidir con el Estado cuya legislación se aplica) que deberá entrar a juzgar.<sup>65</sup>

Lo que se acaba de decir es sin perjuicio de que las partes puedan haber pactado su sumisión a una ley o a tribunales determinados, o hayan acordado someter sus diferencias a tribunal arbitral, o convengan posteriormente someterse a un arbitraje. Les será lícito hacerlo siempre que la materia de que se trate admita esta clase de convenciones.

## 2. *Los tribunales del foro en una controversia sobre productos de empresas nacionalizadas*

Como el problema que nos interesa concierne a la reclamación que un particular puede hacer respecto de productos que una empresa nacionalizada envía y comercia con el exterior, queda en claro, con lo expuesto, que se tratará de una controversia jurídica que normalmente será propuesta ante un tribunal nacional extranjero, mirando esta relación respecto del país en el cual fue dispuesta la nacionalización. Y como la materia sometida a juicio será una disputa sobre el dominio de esos productos o sobre derechos que sobre ellos o sobre su valor correspondan a la firma que quedó privada de la empresa en virtud de la nacionalización,<sup>66</sup> podemos suponer que la demanda judicial será promovida ante un tribunal extranjero del orden civil o mercantil, vale decir ante una jurisdicción de índole privada.

Una primera anomalía pone una nota de duda sobre la regularidad de semejante acción judicial: si la demanda se presenta ante el tribunal extranjero en el cual se encuentra la mercadería, podrán entablarse demandas semejantes ante todos los tribunales de los varios países extranjeros hacia los cuales son exportados o enviados los productos; pero como cada Estado tiene sus propias reglas legales internas y éstas difieren entre sí, así como difieren también los principios jurídicos conforme a los cuales sentencian sus tribunales, resultaría que el mismo problema jurídico (que se repetiría ante cada tribunal) podría ser resuelto en forma diversa y aún contradictoria por diferentes tribunales internos. No parece ajustada a equidad ni a Derecho una posibilidad de esta clase.

Enseguida surge otro inconveniente. De proponerse la o las ac-

<sup>65</sup> Ver: Paul Lerebours-Pigeonnière et Yvon Loussouam, en *Droit International Privé*, Dalloz, 9ème édition, Paris, 1970, pp. 331-332 y 523-524. También H. Batiffol, *op. cit.*, nota precedente, tomo II, p. 349.

<sup>66</sup> Ver las notas 5 y 6.

ciones judiciales a tribunales del orden privado se estaría suponiendo, muy equivocadamente, que un tribunal civil o mercantil de cualquier parte del mundo es apto para apreciar y juzgar una materia en la cual va envuelto un juicio acerca de la eficacia o validez de un acto cuyo fundamento es el ejercicio de la soberanía de un Estado extranjero (el que nacionalizó), acto que por su propia naturaleza está regido por el Derecho Público, tanto interno como internacional (ver párrafo 2 del capítulo II). Esto significa que la cuestión jurídica relativa a la privación de los derechos de un particular por un Estado independiente y soberano, en virtud de un "acto gubernativo de alto nivel", destinado a satisfacer exigencias de interés general en beneficio del pueblo de ese Estado, en el cual se consideran factores internos de orden variado, entre ellos, económicos, políticos, sociales, etcétera, podría ser ponderado jurídicamente por un tribunal apto para resolver contiendas privadas entre particulares, cuya tarea jurisdiccional lo habitúa a examinar disputas que tienen lugar entre sujetos situados en el mismo nivel de libertad y jerarquía, que se reclaman unos a otros intereses privados y que deben quedar sujetos a leyes privadas que se inspiran casi exclusivamente en una justicia conmutativa. La impropiedad de ello es evidente, puesto que, como se ha visto, en el planteamiento mismo del problema a resolver se está pidiendo al tribunal del foro que haga una apreciación, ya sea conforme al Derecho Internacional Público, ya sea conforme a las bases mismas de su legislación propia, ya sea conforme a principios jurídicos que se declaran fundamentales a "las naciones civilizadas" o a un sistema jurídico dado, sobre una orden de autoridad de un Estado extranjero independiente y soberano.<sup>67</sup> Bastaría conocer la deformación de criterio a que conduce el ejercicio repetido de la jurisdicción en materia privada y la falta de conocimientos que de ordinario exhiben en lo concerniente al Derecho Público quienes en ella se especializan, para apreciar que el camino seguido no es el recomendable. Y eso constituye, por cierto, otro indicio de que no puede ser él la solución genuinamente jurídica.

El capítulo IV estará destinado a demostrar lo que en este párrafo solamente se insinúa: que los principios jurídicos no admiten que un tribunal extranjero pueda entrar a conocer y ponderar actos soberanos de autoridades de otro país. En todo caso, en el presente

<sup>67</sup> A. S. El-Kocheri, *op. cit.*, nota 12, p. 253 califica de "dominio altamente politizado, que toca a la vez intereses públicos y privados" el campo en que debe obrar un tribunal interno ante el cual se proponga una acción de esta clase. Le falta a este autor señalar que esos intereses contrapuestos no se equiparan entre sí, como quedará explicado *infra*, capítulo IV, párrafo 1.

capítulo se mostrarán argumentos que, aparte de lo expresado, impiden en ciertos casos que el tribunal del foro pueda conocer o juzgar sobre la materia en examen.

### 3. *La inmunidad de jurisdicción*

Si el Estado que ha nacionalizado conserva en su poder los productos de la empresa nacionalizada, no sería admisible que un tribunal interno extranjero tramitara una acción judicial en su contra, destinada a perseguir esos productos por parte del particular que se vio desprovisto de su empresa en virtud de la nacionalización. Esto en virtud de la inmunidad de jurisdicción de que goza todo Estado.<sup>68</sup> Y si la demanda ha sido admitida a tramitación erróneamente, bastará que el Estado demandado oponga esta

<sup>68</sup> E. Schaeffer, en su artículo sobre "Nationalisation" en la *Encyclopédie Dalloz*, 1968, párrafo 8, expresa que: "... en virtud de la inmunidad de jurisdicción de los Estados soberanos extranjeros, un Estado que ha decidido una nacionalización en su provecho dentro de su territorio no podrá ser llevado ante una jurisdicción extranjera, ni en razón de su responsabilidad por la decisión eventualmente expoliatoria, relativa a la nacionalización, ni en tanto beneficiario de la operación..." Y P. Bourel, en su artículo sobre "Immunités" del *Repertoire du Droit International*, párrafo 74, manifiesta: "Varias decisiones han admitido que la nacionalización o la requisición de naves, que es un acto de poder público, justifican la inmunidad del Estado extranjero autor del acto." Ambos citan jurisprudencia francesa que apoya sus aseveraciones.

Uno de los casos más importantes en los cuales tocó a los tribunales franceses declarar la inmunidad de jurisdicción de un Estado extranjero fue el de "De Keller c. Maison de la Pensée Française", relativo a una colección de cuadros de Picasso que fueron llevados desde la URSS a París para una exposición y que un pretendido antiguo dueño intentó reivindicar. Por sentencia de 12 de julio de 1954, dictada por el Tribunal Civil del Sena, que publica *Gazette Du Palais*, 1954, 2º semestre, p. 124, se levantó una medida precautoria en atención a ser incompetentes los tribunales franceses para juzgar un asunto en que el demandado legítimo lo sería la URSS. El 31 de octubre de 1947 el Tribunal de Comercio de La Rochelle se había declarado incompetente también para conocer de una acción relativa a barcos requisados por el gobierno de los Países Bajos, con fines de interés político (en caso "Etienne c. Gobierno de los Países Bajos"). Nótese que en ninguno de los casos recién mencionados se trata de productos originados en una industria nacionalizada.

En los Estados Unidos, en el caso "Wulfsohn c. URSS". (234 NY 372, 138 NE 24) el tribunal no entró al fondo del asunto porque el demandado, si bien era un Estado que no había sido reconocido entonces por los Estados Unidos, gozaba de inmunidad como tal Estado soberano.

Georges van Hecke, en su trabajo "Les effets des mesures de confiscation, d'expropriation et de réquisition émanant d'une autorité étrangère", publicado en *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, tome xxvi, Bruxelles, p. 62, explica que los tribunales belgas se declaran incompetentes y acogen la inmunidad de jurisdicción "cuando el bien reivindicado se encuentra en el patrimonio del Estado extranjero que ha efectuado la expropiación".

inmunidad para que el tribunal se declare impedido de continuar el procedimiento.<sup>69</sup>

Un Estado extranjero (nos referimos al que dispuso la nacionalización) no puede ser sometido a juicio ante un tribunal nacional de otro Estado, en razón de su independencia y soberanía.<sup>70</sup> El funcionamiento de sus órganos y de sus servicios públicos debe quedar independiente de jurisdicciones extranjeras. Hay autores que invocan también la "cortesía internacional" como fundamento de ello.<sup>71</sup>

Esta inmunidad alcanza también al Estado extranjero no reconocido.<sup>72</sup>

<sup>69</sup> H. Batiffol, *op. cit.* en nota 64, tomo II, p. 393, sostiene que la naturaleza jurídica de la excepción que opone el Estado demandado cuando invoca la inmunidad de jurisdicción es controvertida. La calificación de excepción de incompetencia que ha sostenido Niboyet es combatida hoy por la mayor parte de los autores, los cuales estiman que en las hipótesis de inmunidad es en verdad el poder de jurisdicción, y no solamente la competencia, lo que le falta al tribunal del foro, lo que, a su juicio, tiene importancia respecto del procedimiento.

<sup>70</sup> *Cfr.* H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo II, p. 388.

La Corte Suprema de Austria, en sentencia de 10 de mayo de 1950, publicada en *Clunet* de 1950, p. 749, declaró que: "Los Estados extranjeros no están exentos de la jurisdicción de los tribunales nacionales conforme al Derecho Internacional, sino en cuanto se trata de su derecho de soberanía."

La Corte de Apelaciones de París, en sentencia de 14 de abril de 1938, dada en el caso "Hertzfeld c. Estado Ruso", publicada en *J. C. P.*, 1938, tomo II, p. 887, consignó que el principio de "la independencia de los Estados se opone a que uno de éstos sea sometido a la jurisdicción de otro, porque ello sería un atentado a su soberanía". En ese mismo caso, en la primera instancia, el Tribunal del Sena, con fecha 19 de octubre de 1933, había dejado constancia de que la inmunidad de jurisdicción se basa en la independencia y soberanía de los Estados y es un principio de orden público internacional (sentencia publicada en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1934, p. 157, con nota de Niboyet).

Para G. Hecke, *op. cit.*, nota 68, p. 62, la inmunidad encuentra su fundamento en la independencia recíproca de los Estados; Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, nota 65, p. 539, la apoya en la soberanía.

J. P. Niboyet, en un artículo titulado "Inmunidad de Jurisdicción e incompetencia de atribución", publicado en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1950, p. 139, afirma que "el acto de función de una administración extranjera no puede ser censurado por una jurisdicción francesa". Este autor hace aplicable y traspone al plano internacional la regla de derecho interno, admitida comúnmente en todos los países, acerca de que los tribunales ordinarios no tiene competencia en materia administrativa. Por este motivo, así como no pueden pronunciarse sobre los actos administrativos de su propio gobierno, tampoco pueden hacerlo respecto de los actos emanados de un gobierno extranjero.

En H. Batiffol, obra ya citada, tomo II, pp. 389-390 se encuentra una indicación relativa a la condición de los Estados que forman parte de una federación.

<sup>71</sup> El principio de la "cortesía internacional" fue sustentado por la Escuela holandesa de Derecho Internacional Privado y suele invocarse por algunos fallos al decir de Sarraute y Tager, *op. cit.*, nota 18, p. 1156 y de Lerebours-Pigeonnière. *op. cit.*, nota 65, p. 539 (menciona dos sentencias francesas).

<sup>72</sup> En el caso "Wolfsohn c. URSS", mencionado en la nota 68, se acogió la

Algunos autores tienden a excluir de la inmunidad de jurisdicción los juicios que versan sobre bienes inmuebles situados en el territorio del tribunal del foro, caso que no interesa al presente estudio.<sup>73</sup>

Los hechos históricos han ido estrechando el campo de la inmunidad de jurisdicción.<sup>74</sup> Por una parte, muchos Estados han asumido por sí mismos tareas económicas de producción y de distribución de bienes, con lo que se ha estimado que abandonaban su solio de poder soberano para descender a actividades industriales o comerciales que han de colocarlos al mismo nivel de los particulares que se dedican a ellas.<sup>75</sup> Principalmente se razona en abono de esta tesis que de otro modo estos últimos quedarían desprovistos de protección jurídica cuando negociaran con esos Estados, al ver impedida toda posibilidad de acudir ante los tribunales ordi-

inmunidad de jurisdicción antes que el Estado demandado hubiera sido reconocido por los Estados Unidos.

En Francia, en el caso "Clerget c. Representación comercial de la República de Vietnam y otros", tanto el Tribunal de la Gran Instancia, por sentencia de 15 de marzo de 1967, como la Corte de Apelaciones, por sentencia de 7 de junio de 1969, determinaron que un Estado que no ha sido reconocido por el gobierno correspondiente al tribunal del foro, tiene también derecho a la inmunidad de jurisdicción, si ejerce poderes de tal, pues la inmunidad está fundada en la independencia y soberanía del Estado y no en su reconocimiento y, a su vez, la personalidad de un Estado es independiente, en su efectividad, de su reconocimiento por los otros Estados. La Corte de Casación desechó recursos de casación en contra de estas decisiones con fecha 2 de noviembre de 1971.

<sup>73</sup> F. Münch, *op. cit.*, nota 18, p. 433; Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn, *op. cit.*, nota 65, p. 538, y H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo II, p. 392.

<sup>74</sup> Sarraute y Tager anotan, *op. cit.*, nota 18, p. 1156, el cambio que las nuevas funciones asumidas por el Estado moderno ha traído a la noción de inmunidad de jurisdicción.

Ph. Kahn, en su comentario a la sentencia de 14 de febrero de 1966, dictada en el caso "Statni Banka et Banque de l'Etat tchécoslovaque c. Englander" advierte que el principio de inmunidad de jurisdicción concebido en sentido absoluto recibe críticas desde que el Estado se dedica a múltiples actividades al igual que podría hacerlo una persona privada.

P. Chauveau, en su comentario a las sentencias de 14 de abril de 1938 y de 11 de mayo del mismo año, dictadas por la Corte de París y por el Tribunal Civil de Marsella, respectivamente, en los casos "Hertzfeld c. Estado Ruso" y "Oficina del Aceite c. Domenech", publicadas en *J. C. P.*, 1938, vol. II, p. 887, recuerda también que los Estados desarrollan actualmente actividades cada vez más desbordantes, mediante intervención en ámbitos "hasta ahora reservados a la actividad y a la economía privada".

<sup>75</sup> J. P. Niboyet, en su comentario a la sentencia de 19 de octubre de 1933, dictada por el Tribunal del Sena en el caso "Hertzfeld c. URSS" (*Revue Critique de Droit International Privé*, 1934, p. 157), comprueba que tratándose de la actividad de Estados extranjeros "se ha intentado distinguir la actividad verdaderamente estatal de aquella que, por el contrario, no siendo puramente gubernamental, importaría una vuelta al derecho común".

narios para obtener el respeto de sus derechos.<sup>76</sup> Por otra, la personalidad del Estado se ha diversificado en numerosos organismos estatales autónomos encargados de tomar a su cargo una parte limitada, y por lo general, de mucho contacto y negociación con los particulares, de las actividades de bien general que el Estado cree conveniente promover o someter a su función.

En el primer caso, muchos juristas piensan que el Estado que así procede retorna al derecho común y queda equiparado a los particulares con los cuales entra en contacto de negocios. Para estos efectos hacen una distinción dentro de las actividades del Estado entre aquellas que corresponden a sus actos de autoridad (o *jure imperii* o actos de función), respecto de los cuales el Estado quedaría a resguardo de cualquier litigio ante tribunal extranjero en virtud de su soberanía y de su correspondiente inmunidad de jurisdicción, y los actos que corresponden a sus actos de gestión (*jure gestionis*), esto es, actos de índole civil o comercial que el Estado realiza equiparándose a los particulares, los que quedarían sometidos a la legislación privada común y que sí permitirían someterlo a juicio ante tribunales extranjeros, sin la posibilidad de interponer en tal caso la inmunidad de jurisdicción.<sup>77</sup> Esta

<sup>76</sup> En la sentencia del caso "Oficina del Aceite c. Domenech", citada en la nota 74, el tribunal civil de Marsella decide que cuando "el Estado extranjero cumple un acto de comercio, no tiene derecho a la inmunidad de jurisdicción, por el doble motivo que no ha ejercido su potestad pública y que ha renunciado implícitamente a la inmunidad de que se trata" . . . (de otro modo) "el Estado extranjero podría perseguir a sus co-contratantes ante las jurisdicciones francesas, sin poder ser perseguido por éstos ante ellas".

<sup>77</sup> Sarraute y Tager, *op. cit.*, nota 18, pp. 1158 y 1160, citan a M. Gros en sus conclusiones acerca de que la competencia de los tribunales ordinarios franceses respecto de los Estados extranjeros debería obedecer a los mismos principios que la competencia de esos tribunales ordinarios respecto del Estado francés. Para este fin transcriben que "el Consejo de Estado no ha vacilado en admitir, desde 1914, que los servicios públicos no exigen siempre el empleo de procedimientos de gestión que pongan en juego los derechos de poder público. Procedimientos de gestión privada, contratos de derecho común, por ejemplo, reemplazan en la gestión de los servicios públicos los procedimientos ordinarios de derecho público . . . el empleo simultáneo de los dos procedimientos de gestión pública y de gestión privada no trae perjuicio alguno a la unidad del Estado . . . ni implica una disminución de su independencia . . . Esto significa simplemente que el Estado no interviene siempre con sus derechos de poder público en sus relaciones con los particulares y que él puede, usando de contratos privados, hallarse en igualdad con sus co-contratantes".

Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo II, pp. 390-392, retoma esa idea, que la atribuye a la jurisprudencia francesa contemporánea y que se funda en la separación e independencia de las autoridades administrativas y judiciales. Recuerda que la Corte de Casación francesa afirma que la inmunidad está fundada en la naturaleza de la actividad y no en la cualidad del que la ejerce, debido al desarrollo moderno de la actividad de los Estados que los lleva a realizar también actos comerciales "que no difieren sustancialmente de los de los particulares". Solamente

clase de distinciones se funda, notoriamente, en una concepción de lo que son las funciones del Estado que si bien imperó hasta las primeras décadas de este siglo, ha experimentado una gran modificación, pues en muchos países del mundo los Estados creen hoy que les corresponde explotar y administrar todos o parte de los medios de producción, sin que con ello pierdan nada de su carácter de autoridad pública, sino, por el contrario, en obediencia a las tareas que como tales les corresponden dentro de una concepción más avanzada.

Autores de prestigio expresan sus dudas sobre el acierto de la distinción enunciada y de sus consecuencias.<sup>78</sup>

En todo caso, cuando un Estado que ha nacionalizado una industria envía sus productos al exterior, puede apoyar el dominio que sobre éstos le corresponde en un acto típico de autoridad o de imperio, como lo es la nacionalización<sup>79</sup> y, en tal caso, aun cuando se aceptara la distinción señalada, correspondería acoger su excepción de inmunidad de jurisdicción tanto para impedir que se persiga su responsabilidad por la nacionalización, como para que no se objete su calidad de beneficiario de ella.<sup>80</sup>

respecto de los actos de poder público sería posible acoger la inmunidad de jurisdicción.

Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn, *op. cit.*, nota 65, p. 538, señalan que la doctrina propone varias distinciones: actos en el ejercicio de la soberanía, actos con ocasión de la función soberana, actos de poder público, actos de gestión del ámbito privado, actos civiles o de comercio.

La sentencia dictada por el Tribunal de Comercio de Marsella en el caso "Oficina de Aceite c. Domenech" mencionada en nota 74, distinguió entre los actos de poder público y los actos de comercio. Otro tanto hizo el Tribunal Civil del Sena en la sentencia dictada en el caso "Hertzfeld c. URSS", mencionado en la misma nota.

<sup>78</sup> Ver: Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn, *op. cit.*, nota 65, p. 538; Batiffol, *op. cit.*, nota 64, pp. 390 y 392, y Sarraute y Tager, *op. cit.*, nota 18, pp. 1156, 1160 y 1162.

<sup>79</sup> Ver la cita de Bourel que se hace en la nota 68.

Este autor menciona jurisprudencia francesa en la que se fundamenta la incompetencia de los tribunales de esta nacionalidad en el carácter soberano del acto de nacionalización o requisición cumplido por una administración extranjera.

Aparte de esa jurisprudencia puede mencionarse también la sentencia dictada en el caso "Hertzfeld c. Estado Ruso", aludida en la nota 78, en la cual se expresó que una "nacionalización, (es) operada por el hecho de un acto de poder público que beneficia de la inmunidad de jurisdicción y no en virtud de un acto de comercio apto para hacer justiciable por las jurisdicciones francesas al Estado ruso". En la primera instancia de la misma causa, con fecha 19 de octubre de 1933 (sentencia mencionada también en la nota 70), se había expresado que "admitiendo que (la nacionalización) haya sido ordenada, una medida de esta especie constituye un acto de poder público cumplido por un Estado soberano, el que, como tal, escapa a la competencia de los tribunales franceses".

<sup>80</sup> Según G. Hecke, *op. cit.*, nota 68, p. 63, "las medidas de expropiación son actos cumplidos *jure imperii*, que proceden directamente del poder de mando del

En el segundo caso, pese a alguna opinión que considera que una persona jurídica de derecho público no es un Estado soberano y no goza de inmunidad alguna,<sup>81</sup> se advierte una tendencia a reconocer la inmunidad de jurisdicción a los organismos públicos autónomos que obran por orden y cuenta de un Estado, en tanto el hecho que origine el litigio constituya un acto de poder público o haya sido realizado en el interés de un servicio público;<sup>82</sup> esto

Estado. La apreciación de estas medidas está sustraída a los tribunales nacionales. En virtud de la inmunidad de los Estados soberanos el litigio es traspuesto a otro plano, el del derecho de gentes, donde él podrá eventualmente, originar responsabilidad internacional”.

Se hace cargo también Hecke de una distinción efectuada por el internacionista belga Wigny, al cual cita, conforme a la cual si el Estado extranjero cumple una requisición en tiempo de guerra ella estaría justificada, aunque fuera hecha sin pago de indemnización; pero el mismo Estado perdería el beneficio de la inmunidad si confiscara un bien sin indemnización, en cumplimiento de actos de gestión. Pues bien, Hecke rechaza esta distinción, arguyendo que “la destinación ulterior dada al bien expropiado no puede modificar esta situación”.

Hecke se refiere a jurisprudencia belga emanada de la Corte de Apelaciones de Bruselas, según la cual “las medidas de desposesión dictadas por un Estado extranjero, que afecten a una cierta categoría de ciudadanos, constituyen evidentemente una medida de soberanía cuya regularidad no pueden apreciar los tribunales belgas” (sentencia de 24 de mayo de 1933, publicada en *Belg. Jud.*, 1933, p. 460). También cita Hecke otra sentencia de la misma Corte de Apelaciones, de fecha 18 de febrero de 1937, publicada en *Rechtskundig Weekblad*, 1936-1937, p. 1065, que revocó un fallo dado por el tribunal civil de Amberes en relación con una requisición sin indemnización que dispuso el gobierno republicano español respecto de naves que se hallaban en Bilbao y que luego se trasladaron a Amberes. Al revocar la decisión por la que se declaraba que no se había probado la regularidad de la requisición ante la ley española, la Corte de Apelaciones expresó que una requisición ordenada en tiempo de guerra es indiscutiblemente un acto *jure imperii* y que en virtud de la inmunidad de que goza el Estado extranjero, los tribunales belgas no pueden acoger una demanda que critique esta medida (mismo trabajo, p. 62).

E. Schaeffer, en su artículo sobre “Nacionalización” de la *Encyclopedie Dalloz* (ver nota 12), en su párrafo 8, dice: “Pero, en virtud de la inmunidad de jurisdicción de los Estados soberanos extranjeros, un Estado que ha decidido en su beneficio una nacionalización sobre su territorio, no podrá ser llevado ante una jurisdicción extranjera, ni en razón de su responsabilidad en la decisión, eventualmente expoliadora, que envuelve la nacionalización, ni en tanto beneficiario de la operación.” Luego cita jurisprudencia francesa que apoya esta tesis.

<sup>81</sup> Ernst Mezger, en su comentario a la decisión de 2 de diciembre de 1950, dictada en el caso “De Keller c. Maison de la Pensée Française”, sobre medida de secuestro, (ver nota 68), expone que “una persona jurídica de derecho público que no es un Estado soberano no se beneficia de ninguna inmunidad”.

<sup>82</sup> Cfr. H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo II, pp. 390 y 392.

En sentencia de 14 de febrero de 1966, dictada por la Corte de Apelaciones de Aix-en-Provence, en el caso “Statni Banka et Banque d’Etat tchécoslovaque c. Englander”, (ver nota 74), el tribunal reconoció calidad para oponer una inmunidad al Statni Banka en razón de haber sido creado por ley y erigido en Banco del Estado checoslovaco con el fin de asegurar la ejecución de todas las funciones concernientes a la moneda y al sistema financiero y por hallarse, a este

aún en el caso de que ellos gocen de una personalidad jurídica diferente de la del Estado, pues se reconoce que en los momentos actuales en muchos Estados se crean organismos dotados de autonomía en lo jurídico, pero que en lo político o lo económico son meros instrumentos de la acción del Estado en el ámbito de la función pública que a éste compete.<sup>83</sup> En todo caso, el esclarecimiento de esta circunstancia deberá ser hecho mediante examen del derecho nacional de dichos organismos.<sup>84</sup>

Hay jurisprudencia francesa reciente que asigna importancia en la calificación del acto como de autoridad o de gestión, cuando se trata de contratos suscritos por un Estado extranjero o por organismos que obran por su orden o por su cuenta, al hecho de que éstos tengan por objeto la ejecución de un servicio público o

título, encargado de efectuar los pagos del Estado checoslovaco en los países extranjeros. En el comentario que hace de esta sentencia Ph. Kahn, apoya la procedencia de la inmunidad, aunque fuera opuesta no por el Estado checoslovaco sino por un banco, una persona jurídica independiente. En su concepto, la personalización de un organismo del Estado se decide comúnmente por razones más de comodidad que de gran significación política; por ello un organismo estatal personalizado puede participar más de cerca en el ejercicio del poder público que un servicio no personalizado, por lo que es más exacto examinar "si la actividad de que se trata se liga a la actividad del Estado, según la organización de este Estado, antes que la naturaleza del servicio que ejerce la actividad". Debemos notar que en este caso se trataba de una inmunidad de ejecución y no de jurisdicción, pero las razones pueden trasponerse sin dificultad.

El mismo Ph. Kahn, en su comentario a la sentencia del cobre chileno mencionado en la nota 42, resume la jurisprudencia francesa más moderna sobre la materia, dando cuenta de las vacilaciones en que ella se sume y vuelve a subrayar su idea de que la personalización o no personalización de un servicio público mira más a la ciencia administrativa que a la filosofía del Estado. Y tratándose de la Corporación del Cobre de Chile, muestra como ella, pese a tener personalidad jurídica y patrimonio propio, debe de ser considerada como un servicio público del Estado.

<sup>83</sup> Sarraute y Tager, *op. cit.*, nota 18, pp. 524 y 526, se refieren a entidades dotadas de personalidad jurídica que se crean en las democracias populares para tomar a su cargo las empresas nacionalizadas, muy semejantes a los *trusts* soviéticos, y expresan que "desde el punto de vista económico y político, estas personas jurídicas no son sino instrumentos en las manos del Estado... las funciones "reguladoras" pertenecen al Estado; las "funciones operativas", a las empresas del Estado". No obstante ello, dichos autores concluyen que son independientes del Estado, por tener un patrimonio separado y estar dotadas de personalidad jurídica, razón por lo que les atribuyen una naturaleza netamente comercial (ver nota que sigue).

<sup>84</sup> No obstante lo que se indica en la nota precedente, los mismos autores, Sarraute y Tager, en misma obra, p. 534, manifiestan que es el derecho nacional de cada empresa, creada para la gestión de los bienes nacionalizados, el que determinará si ellas se confunden con el Estado nacionalizador o pueden ser consideradas como personas morales independientes.

En materia de condición jurídica de entidades estatales autónomas dedicadas a la gestión de empresas, puede verse el estudio de Fouad A. M. Riad, titulado

que contengan cláusulas anómalas (exorbitantes) al derecho común y que se vinculen a las prerrogativas de autoridad pública de dicho Estado. En este sentido, hasta los términos del contrato, en cuanto ellos se alejen de las formas normales del Derecho Privado o contengan cláusulas de aquéllas que interesan a una autoridad, pueden tener importancia.<sup>85</sup>

La inmunidad de jurisdicción dentro de estos casos limite —Estado que realiza operaciones industriales o comerciales u organismos estatales autónomos a los cuales ellas se le confían—, que para alguno parece superada,<sup>86</sup> para otros recobra nuevo vigor ligándola con una inmunidad secundaria o *ratione materiae*,<sup>87</sup> que impediría al tribunal del foro juzgar actos que conforme a su naturaleza propia y según su finalidad, constituyen actos de autoridad pública, puesto que no tienen el carácter de acto comercial y no pueden ser revisados por un tribunal ajeno a la nación que los emitió. Esta inmunidad secundaria podría beneficiar a personas diferentes del Estado nacionalizador, pero que deriven de él su derecho.<sup>88</sup>

Esta inmunidad está fundada en la naturaleza de la actividad y no en la calidad del que la ejerce, ha dicho la Corte de Casación

“L'entreprise publique et semi-publique en Droit International Privé”, publicado en *R. C. A. D. I.*, 1963, vol. I, pp. 561-668. Es preciso advertir, sin embargo, que este estudio enfoca el problema principalmente con relación a las exigencias e intereses del comercio internacional, motivo por el cual tiende a obtener que los litigios que surgen sobre las actividades de la empresa pública sean sometidos a los tribunales del foro. Esta posición lo lleva hasta a recomendar que los Estados renuncien a invocar toda inmunidad para sus empresas, a fin de favorecer una expansión del comercio internacional.

<sup>85</sup> H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo II, pp. 391 y 392 su nota 39 *ter.*, se refiere a estas cláusulas exorbitantes y a la jurisprudencia producida en torno a ella.

La sentencia de 29 de noviembre de 1972, dictada por el Tribunal de la Gran Instancia de París, en el caso del cobre chileno mencionado en la nota 42, publicada en *Clunet* núm. 100, 1972, pp. 227-236, desecha la inmunidad de jurisdicción reclamada por un organismo estatal chileno, debido a que éste opera en sus transacciones internacionales “siguiendo únicamente modos y formas de derecho privado”, que excluyen todos los recursos y procedimientos que se conectan habitualmente con el poder público.

<sup>86</sup> La Corte Suprema de Austria, en sentencia que se menciona en la nota 70, estimó que la doctrina clásica de la inmunidad parece superada en razón de que las actividades económicas de los Estados extranjeros pasan a menudo a un plano comercial.

<sup>87</sup> Es P. Adriaanse, en *Confiscation in Private International Law*, La Haye, 1956, el que se refiere a esta inmunidad secundaria o *ratione materiae*.

Münch se allega a esta noción de inmunidad *ratione materiae*, mediante la cual un causa-habiente del Estado podría obtener que el tribunal del foro se abstuviera de intervenir. Ver *op. cit.*, nota 18, pp. 432 y 434.

<sup>88</sup> Ver F. Münch, *op. cit.*, nota 18, p. 432.

de Francia.<sup>89</sup> Algunos la llaman también inmunidad de atribución.<sup>90</sup>

Se ha resuelto que la inmunidad de jurisdicción, no obstante su carácter de orden público internacional puede ser renunciada por el Estado al cual beneficia,<sup>91</sup> a pesar de que en derecho interno y por aplicación del principio constitucional de separación de los poderes los tribunales ordinarios son absolutamente incompetentes para inmiscuirse en materias del orden administrativo y ésta incompetencia no es renunciable y debe ser declarada aún de oficio.<sup>92</sup> La renuncia del Estado demandado a su inmunidad de jurisdicción debe provenir de un "acto cierto y regular", pero no necesita ser expresa.<sup>93</sup> Habrá renuncia tácita cuando el Estado demandado comparece al juicio sin invocar su inmunidad.<sup>94</sup> También habrá renuncia tácita en los casos en que un Estado nacionalizador entable él mismo una acción civil ante un tribunal extranjero, por ejemplo, a fin de obtener la restitución de bienes afectados por la nacionalización.<sup>95</sup>

#### 4. La inmunidad de ejecución

Un Estado no solamente puede oponerse a ser juzgado por el tribunal interno de otro, también puede oponerse a que se efectúe una ejecución judicial sobre bienes de su propiedad.<sup>96</sup> Es lo que se llama inmunidad de ejecución, la cual es independiente de la anterior.

<sup>89</sup> Sentencia de 25 de febrero de 1969, relativa a los ferrocarriles iraníes, publicada en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1970, p. 102.

<sup>90</sup> En la sentencia de la Corte de Apelaciones de Aix-en-Provence, de 14 de febrero de 1966, citada en la nota 74, el tribunal habló de inmunidad de atribución, refiriéndose a la falta de competencia de una jurisdicción francesa para emitir una decisión cuyos efectos serían contrarios a las prescripciones de la legislación checoslovaca. Al comentar este fallo, Ph. Kahn habla de "incompetencia de atribución", concepto que estima introducido por Niboyet, y explica que aun cuando la inmunidad de jurisdicción no existiera, un tribunal francés no puede tener plenitud de jurisdicción respecto de entidades extranjeras, en materias que miran a la competencia administrativa de éstas.

<sup>91</sup> Sentencia del Tribunal Civil del Sena en el caso "Hertzfeld c. URSS", mencionada en la nota 70.

<sup>92</sup> Esto hace decir a J. P. Niboyet en su comentario a la sentencia mencionada en la nota precedente, que la inmunidad de jurisdicción es menos fuerte que la separación interna de poderes del Estado, porque ésta no puede ser renunciada.

<sup>93</sup> Misma sentencia mencionada en la nota 91. *Cfr.* H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo II, p. 394.

<sup>94</sup> *Cfr.* H. Batiffol, *ibid.*, y Lerebours Pigeonnière y Loussouarn, *op. cit.*, nota 65, p. 538.

<sup>95</sup> *Cfr.* H. Batiffol, *ibid.*

<sup>96</sup> *Cfr.* H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, p. 393.

Esta inmunidad es mucho más amplia que la de jurisdicción y es, además, de carácter absoluto.<sup>97</sup> Su amplitud deriva de que es mayor el agravio que recibe el Estado extranjero si se le priva judicialmente de sus bienes por el tribunal del foro, que si éste pronuncia solamente una sentencia a su respecto. Esto hace que deba ser aplicada con más rigor. Su carácter absoluto consiste en que no desaparece esta inmunidad por el hecho de que el crédito de cuya ejecución se trata se haya originado en actos de gestión de ese Estado, cuya regulación quede sujeta al Derecho Privado.<sup>98</sup> Esta inmunidad absoluta ampara, por consiguiente, a todos los bienes del Estado, tanto los que provienen del ejercicio de la soberanía como los que provienen de una actividad asimilable a la de un particular. Ella puede ser invocada por el Estado propietario y también por otra persona distinta de él.

Así como en el plano interno un tribunal no puede admitir una ejecución forzada sobre bienes de su propio Estado, tampoco debe aceptarla respecto de otro Estado soberano. En efecto, una ejecución conlleva la posibilidad de recurrir a la fuerza pública, cuyo empleo respecto de un Estado extranjero constituye un acto contrario al Derecho de Gentes y a su soberanía.<sup>99</sup>

Hasta podría ocurrir que un particular obtuviera del tribunal del foro una sentencia civil condenatoria en contra de un Estado extranjero, en virtud de las limitaciones a la inmunidad de jurisdicción ya señaladas en el párrafo anterior, que algunos aceptan. Pues bien, ni aun en ese caso podría admitirse que esa sentencia puede ser ejecutada sobre bienes de ese Estado. Esto significa que el rechazo de la inmunidad de jurisdicción no impide oponer, en todo caso, la inmunidad de ejecución.

La inmunidad de ejecución se extiende también al embargo de bienes del Estado extranjero. El boqueo de fondos de un Estado extranjero reviste el carácter de una medida de ejecución a su

<sup>97</sup> Sentencia de 7 de junio de 1969, de la Corte de Apelaciones de París, dictada en el caso "Clerget c. Representación comercial de la República democrática de Vietnam del Sur", que se cita en la nota 72. También sentencia de la Corte de Apelaciones de Aix-en-Provence citada en la nota 82, de fecha 14 de febrero de 1966, en la cual se expresa que "la inmunidad de ejecución es absoluta"... "las dos inmunidades (de jurisdicción y de ejecución) no están ligadas".

<sup>98</sup> Ver sentencia dictada en el caso "Clerget c. Representación comercial de la República democrática de Vietnam del Sur", que se cita en la nota precedente. En el mismo sentido: H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo II, p. 393 y C. Berezowski, *op. cit.*, nota 12, p. 16.

<sup>99</sup> Ver sentencia de la Corte de Apelaciones de Aix-en-Provence que se cita en la nota 82, y sentencia de la Corte de Apelaciones de París que se cita en la nota 72.

respecto.<sup>100</sup> Tratándose de dineros de propiedad de un Estado extranjero soberano, cualquiera que sea su origen o destino, no puede aplicarse a su respecto medida alguna de embargo.

La renuncia de la inmunidad de jurisdicción no envuelve la renuncia de la inmunidad de ejecución, por ser ésta independiente y obedecer a exigencias diferentes.<sup>101</sup>

Como consecuencia de todo lo anterior, si el Estado que ha nacionalizado lleva los productos de la empresa respectiva al exterior bajo su propio dominio y la inmunidad de jurisdicción le es desechada por el tribunal del foro, debe favorecerlo la inmunidad de ejecución y no podrían esos productos ser el objeto de ejecución judicial ni trabarse sobre ellos secuestro o embargo, en todos aquellos casos en que la propiedad de los productos no fuera objeto de discusión o pudiera ser presumida seriamente en favor del Estado. También podría ese Estado invocar la inmunidad de ejecución si la acción judicial no versa directamente sobre los productos sino, por ejemplo, sobre las sumas que por ellos se han pagado o se adeudan a dicho Estado nacionalizador.

En el caso de que el demandado sea un organismo público autónomo, la inmunidad de ejecución solamente podrá ser opuesta si se demuestra que ese organismo, pese a su personalidad jurídica independiente de la del Estado, cumple las funciones reales de un servicio público o su patrimonio se origina en fondos públicos y su resultado financiero es absorbido por las arcas fiscales. Pues en tal caso aparecería evidente que en el hecho ese organismo obra por orden y cuenta del Estado, en cumplimiento de una función propia de éste, por lo que sus bienes aparecen separados del patrimonio del Estado únicamente por razones formales, dirigidas a un mejor ordenamiento contable de sus actividades o a una más expedita actuación en el campo económico.

En todo caso, interesa recordar que los fondos y bienes del Estado gozan de la inmunidad de ejecución aunque se encuentren bajo la administración o en el poder de otra entidad o persona.

##### *5. Incompetencia del tribunal del foro según los principios de Derecho Internacional*

En el capítulo II señalamos las reglas de Derecho Internacional Público que rigen en materia de nacionalización, destacando el mérito que para precisarlas y determinarlas tienen las resoluciones

<sup>100</sup> Ver la sentencia primeramente citada en la nota precedente.

<sup>101</sup> Cfr. C. Berezowski, *op. cit.*, nota 12, p. 17; H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo II, p. 394.

de la Asamblea General de las Naciones Unidas que se han aprobado respecto de ellas. Principalmente mencionamos las Resoluciones 1803 (xvii), 3171 (xxviii) y 3281 (xxix), esta última más conocida como Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

El último párrafo de dicho capítulo II estuvo destinado justamente a determinar la fuerza jurídica de estas Resoluciones. Y es sobre la base de las consideraciones allí hechas que estimamos que en el Derecho Internacional de hoy pueden tenerse por reafirmadas ciertas competencias judiciales específicas en materia de nacionalización. Para conocer su exacto alcance es necesario recorrer la historia de dichas Resoluciones.

La Resolución 1803 estatuyó que si se producen litigios relativos a la indemnización que debe pagarse por una nacionalización, las partes deben primeramente agotar la jurisdicción nacional del Estado que dispuso la medida.<sup>102</sup>

La Resolución 3171 prescribe que toda controversia que pueda surgir con motivo de una nacionalización debe ser resuelta “de conformidad con la legislación nacional de cada uno de los Estados que apliquen tales medidas”.<sup>103</sup>

Como se advierte, esas reglas difieren entre sí en más de un aspecto.

Pero en 1974 se llega por un número incontrarrestable de países de todos los continentes a la fórmula contenida en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, de claro contenido jurídico según se demostró, en la que aparece una regla de competencia judicial bien delimitada: si en una nacionalización se produce controversia sobre la cuestión de la compensación, ella debe ser resuelta “conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales”, salvo un acuerdo libre y mutuo de las partes de resolverla por otros medios pacíficos.<sup>104</sup>

Nótese que la regla de competencia se refiere única y exclusivamente a los litigios suscitados con motivo de la “cuestión de la compensación”, por lo que no cabe extenderla a los casos en que la nacionalización sea impugnada por ser discriminatoria o por otra causa. Enseguida, la regla ordena que la controversia deberá ser resuelta no solamente por los tribunales del Estado que nacionaliza sino, además, con arreglo a las leyes de éste.

<sup>102</sup> Punto 4 de la Resolución mencionada.

<sup>103</sup> Punto 3 de la Resolución aludida.

<sup>104</sup> Artículo 2, inciso 2, letra c de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

Es legítimo entonces que una acción judicial que se genere en un país extranjero con motivo de la exportación o comercio de productos de una empresa que fue nacionalizada, sea detenida mediante una excepción de incompetencia del tribunal, en todos aquellos casos en que su fundamento esté constituido por la falta de pago de una indemnización o por una insuficiencia de ésta en su monto o en su forma o en su oportunidad. Pues ha de entenderse que existe principio generalmente reconocido de Derecho Internacional que entrega el conocimiento de esas materias a los tribunales del país que decretó la nacionalización, y por cierto que la excepción será procedente aun cuando no sea el mismo Estado nacionalizador el que haya llevado los productos al exterior o los tenga allí en su poder.

Naturalmente, esa incompetencia podrá ser promovida, desde un punto de vista procesal, tanto como una declinatoria de jurisdicción que se propone al tribunal extranjero, como bajo la forma de una inhibitoria que se plantea al tribunal competente del país nacionalizador, a fin de que éste requiera al otro tribunal para que se abstenga de continuar su actuación.

Aparte de esa regla de incompetencia, los tratadistas de Derecho Internacional insinúan otra que se viene abriendo paso desde antiguo y que es útil proponer. Ella se origina en la idea de que no son los tribunales de un país extranjero los encargados de imponer el respeto de los derechos privados de un individuo que los considera vulnerados por la acción injusta de un Estado soberano, como sería una nacionalización decretada por éste en supuesto perjuicio de los derechos del particular de otra nacionalidad que con motivo de ella se vio privado de bienes que le pertenecían.<sup>105</sup>

Se considera que litigios que se basen en apreciaciones de un extranjero de haber sido perjudicado injustamente mediante actos de autoridad de otro Estado deben ser solucionados “de Estado a Estado”, para lo cual el Derecho Internacional reconoce a todo individuo el derecho de pedir protección diplomática a su propio

<sup>105</sup> F. Münch expone que en el caso norteamericano “Wulfsohn c. URSS” (234 NY 372, 138 NE 24), se dio como una de las razones para no intervenir, el que no son los tribunales quienes pueden ayudar a un individuo respecto de un gobierno extranjero, sino solamente el departamento político.

En el famoso caso “Banco Nacional de Cuba c. Sabbatino” (376 US 398), la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció, con fecha 23 de marzo de 1964, que son las ramas políticas las que pueden asegurar, a través de una variedad de técnicas, la protección del interés nacional respecto de un Estado que obra indebidamente en contra de los derechos de los ciudadanos norteamericanos. Agregó que los poderes de los tribunales aparecen necesariamente circunscritos si se les compara con los de las ramas políticas.

gobierno, en el caso en que por hechos o actos de otro Estado haya sido víctima de desconocimiento o menoscabo de sus derechos privados.<sup>106</sup> Esta vía excluiría la acción judicial del afectado ante los tribunales domésticos de su propia nación o ante los de un Estado diverso de aquél al cual se atribuye el acto ilícito, pues se hallaría obligado a agotar previamente todos los recursos judiciales o de otro orden ante los tribunales y autoridades del Estado nacionalizador.<sup>107</sup>

Todavía más, hay autores que demuestran preocupación hacia el hecho de que las apreciaciones efectuadas por tribunales de otro país, aun dentro de los límites de una supuesta competencia

<sup>106</sup> En el caso "Shapleigh c. Mier" (299 US 468), el mismo tribunal había determinado que daños derivados de actos contrarios al Derecho Internacional, que perjudican a nacionales, causados en el extranjero conforme a la ley vigente en el lugar, deben ser remediados mediante los canales de la diplomacia.

Y en el caso Sabbatino, mencionado en la nota precedente, se agregó que si un país perjudica a los nacionales de otro, el método usual que sigue el individuo que desea reparación es utilizar primero exhaustivamente los recursos locales y, luego, dirigirse a las autoridades ejecutivas de su propio Estado para persuadirlas de que lleven adelante su reclamo por vía diplomática o ante un tribunal internacional, citándose en apoyo de esto el caso "United States c. Diekelman" (92 US 520, 524). Por ello concluye que "el Ejecutivo recurre a la diplomacia para asegurar que los ciudadanos de Estados Unidos que han sido agraviados, sean compensados justamente".

El Juzgado del Distrito de Tokio, en su sentencia de 1953, recaída en el caso "Anglo Iranian Oil Co. c. Idemitsu Kosan Kabushiki Kaisha", expresó que si bien una confiscación sin compensación puede considerarse contraria al Derecho Internacional, "es algo totalmente diverso resolver si los tribunales de un país que resulta tercero en la materia, tienen o no competencia para declarar invalidado el acto confiscatorio o para privar de efectos a dicho acto" (ver *International Law Reports*, vol. 20, pp. 305-317).

El Landgericht de Bremen, en 1959 (ver la obra de Martin Domke citada en la nota 5) expresó que "aun cuando la nacionalización (indonesia) fuese contraria al Derecho Internacional, ello no implicaría nulidad de las medidas, sino solamente una acción por perjuicios para ser presentada por el Estado del ciudadano contra el Estado que nacionalizó".

En el plano doctrinario, Ch. de Visscher concluye que la única vía jurídica practicable, en los casos en que un particular quiere hacer valer sus derechos frente a una nacionalización dispuesta por un Estado extranjero, aparte de hacer valer sus derechos individualmente ante sus tribunales internos y acudir a la protección diplomática, está en el sistema de negociaciones gubernamentales que tienen por objeto tanto una indemnización individual como también indemnizaciones globales, pues no es dudoso que los intereses públicos de los Estados tienen mayor lugar que una exacta reparación de los perjuicios sufridos por los particulares.

Sobre protección diplomática y sus requisitos puede verse a Ch. Rousseau, *op. cit.*, nota 59, pp. 109-119.

<sup>107</sup> Louis B. Sohn y Richard R. Baxter, en su estudio sobre el proyecto sobre "Responsabilidad de los Estados por lesión a intereses económicos de extranjeros", citado en la nota 12, señalan que cualquier reclamación a nivel internacional en contra de un Estado exige el haber agotado previamente las vías legales internas del Estado violador.

indiscutida, respecto de la conducta de un Estado diverso, pudieran perturbar las relaciones entre las dos naciones. De aquí brota la idea de que razones de cortesía internacional deben llevar a los tribunales internos de un Estado a abstenerse de censurar o criticar los actos de autoridad de un Estado extranjero.<sup>108</sup>

#### 6. *La competencia de acuerdo con el Derecho interno del tribunal del foro*

Parecería superfluo indicar de partida que en presencia de una acción judicial de la naturaleza de la que nos ocupa, el primer deber del abogado defensor del Estado nacionalizador, después de utilizar todos los anteriores elementos de juicio, ha de ser el de cerciorarse si el tribunal del foro es aquel al cual correspondería conocer del litigio conforme a las reglas de competencia local o interna previstas en su propia legislación. Pues en materias tan discutidas o discutibles como las que van envueltas en esta clase de juicios, puede constituir una ventaja decisiva para el demandante el que, mediante aplicación torcida de esas reglas, se haga intervenir a un

<sup>108</sup> En el muy antiguo caso "Hudson c. Guestier" (4 Cranch 293 y 294) el presidente (del tribunal) Marshall declaró que una investigación por los tribunales norteamericanos acerca de la validez de un acto del funcionario de un Estado extranjero, no solamente era muy difícil, sino que podría resultar hasta "altamente ofensiva para el Estado en cuestión".

En el caso Sabbatino, citado en la nota 105, se contiene una consideración semejante, pues se alude a que "si los actos implicados se declarasen inválidos, la sentencia resultaría probablemente ofensiva para el gobierno expropiador", por lo que decisiones de esta clase, que implican la probabilidad de una afrenta para otro Estado, pueden interferir seriamente con las negociaciones que pueda realizar el Ejecutivo.

En el caso "Oetjen c. Central Leather Co." (246 US 297), la Corte Suprema de los Estados Unidos, después de consagrar que la conducta de un gobierno independiente no puede ser discutida con éxito ante los tribunales de otro Estado, invocó finalmente "las consideraciones más altas sobre cortesía internacional", y el peligro de "dañar las relaciones amistosas entre gobiernos y de trastornar la paz de las naciones".

El Oberlandgericht de Bremen, en el caso del tabaco indonesio (ver el trabajo de M. Domke citado en la nota 5), estimó que al mostrar el tribunal del foro "el debido respeto por un acto de Estado extranjero, se evitarían nuevas tensiones entre las naciones y se lograrán mejor los ajustes económicos entre Estados y, con la ayuda mutua entre ellos, se lograrán más fácilmente dichos objetivos, que mediante una intensa interferencia en gran escala de los tribunales nacionales".

La Corte Suprema de Tokio, en el caso del petróleo iranio que se menciona en la nota 106, consideró que "resulta más adecuado para nuestro país observar los principios de la cortesía internacional" y se negó a pronunciarse sobre la ilicitud de la nacionalización reclamada.

Puede verse, también, la nota 71.

tribunal cuyo criterio favorable le sea conocido a éste de antemano.<sup>109</sup>

Pero, aparte de ello, es necesario atender a otras circunstancias que podrían permitir una declaratoria de incompetencia del tribunal ante el cual se promueve la acción.

Una de ellas será, desde luego, la que impida absolutamente a dicho tribunal conocer de la controversia internacional privada suscitada ante él, lo cual va a depender por entero de la legislación interna correspondiente. Como ejemplo apropiado puede mencionarse un fallo francés que se declara incompetente para conocer de un litigio en razón de que falta un vínculo entre éste y Francia, atendida la nacionalidad extranjera de las partes y la circunstancia de que los hechos que lo fundan han ocurrido en el exterior.<sup>110</sup>

Otra circunstancia podrá consistir en que entre el Estado nacionalizador y el particular que se ha visto privado de sus bienes haya mediado, desde antes de la nacionalización, una convención o contrato, sea de concesión de explotación de recursos naturales, sea de formación de una sociedad mixta para administrar y explotar la empresa que después es nacionalizada, etcétera, en los cuales se hayan acordado cláusulas especiales acerca de determinados tribunales que habrán de conocer de las dificultades o controversias que surjan entre las partes. Esas cláusulas pueden referirse a prórroga de jurisdicción, cuando de antemano se determina un tribunal ordinario que habrá de conocer de las dificultades o controversias, dentro de las reglas sobre competencia relativa de los tribunales, o bien podrán constituir una cláusula compromisoria o de constitución de un arbitraje especial a fin de excluir a los tribunales ordinarios y encargar la decisión a un árbitro. Si estas cláusulas se mantienen dentro del ámbito que la ley aplicable a esos contratos o convenciones permite a las partes acordar libremente en este punto, obligarán a dichas partes y constituirán para ellas la obligación de someterse en sus diferendos a un tribunal especial.

Subsistirá, sin embargo, la duda de si tales cláusulas especiales serían aplicables a un acto desligado del contrato, superior a él y que normalmente lo destruye, como es una nacionalización, con todas las consecuencias jurídicas que ella impone al Estado corres-

<sup>109</sup> Nos referimos, por cierto, a un caso de incompetencia relativa.

<sup>110</sup> Sentencia del Tribunal de la Gran Instancia de París, de 14 de febrero de 1970, dictada en el caso "Soc. Intrabank c. veuve Beidas et autres", en que el tribunal se declara incompetente por comprobar la ausencia de un lazo de conexión entre el litigio y Francia.

pondiente y al particular afectado por ella. El problema habrá de ser resuelto, en definitiva, mediante una interpretación de lo pactado, con el fin de determinar si su alcance llega hasta el caso de una eventual nacionalización.

Podrían agregarse otras excepciones que, aunque quedan fuera de la incompetencia, constituyen, al igual que ésta, obstáculos jurídicos que impiden al tribunal del foro iniciar legalmente su actuación, aun cuando a veces sea tan sólo temporalmente.

Una de ellas sería el no agotamiento por el demandante de los recursos y acciones judiciales posibles ante los tribunales del Estado que dispuso la nacionalización.<sup>111</sup> Hemos visto que se trata de una exigencia impuesta por la Resolución 1803 (xvii) de la Asamblea General de las Naciones Unidas como requisito para que el antiguo dueño de los bienes nacionalizados pueda intentar acciones judiciales destinadas a debatir la cuestión de la indemnización. Hoy esa exigencia debe considerarse superada por la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, la cual reconoce competencia para estas materias únicamente a los tribunales del Estado que nacionaliza.<sup>112</sup> Sin embargo, ella puede tener importancia respecto de países que, como los Estados Unidos, apoyaron con su voto la Resolución 1803 pero no la Carta citada. Al menos para ellos sería difícil negarle valor en el caso de que quisieran discutir la eficacia de la Carta.

La otra sería la excepción de litispendencia, la cual podría ser opuesta por el demandado en el caso de que el demandante tuviera acciones judiciales actualmente pendientes ante los tribunales del país en que se decretó la nacionalización con el objeto de discutir materias que se repiten en el juicio ante tribunal extranjero.<sup>113</sup> Esta excepción se basa en que los principios jurídicos no admiten que si se ha elegido una vía jurídica pueda intentarse otra mientras aquélla esté pendiente. Algunos autores, sin embargo, piensan que la litispendencia no está muy firmemente asentada en el Derecho Internacional Privado.<sup>114</sup>

<sup>111</sup> Ver nota 107.

<sup>112</sup> Esto no significa que antes de la Carta aludida fuera admisible que los particulares afectados por una nacionalización pudiesen acudir en reclamación ante tribunales internos extranjeros. Sobre la materia, ver mi libro citado, nota 8, p. 118.

<sup>113</sup> Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn, en su obra citada en la nota 65, p. 532, nota suya 3, se refieren a una tendencia de la jurisprudencia francesa más reciente de permitir al juez acoger la excepción de litispendencia originada en litigios tramitados en otros países.

<sup>114</sup> Los autores citados en la nota precedente expresan su parecer contrario a la aceptación de la litispendencia (pp. 531 y 532 de la misma obra). La misma posición tiene H. Batiffol en su obra citada, nota 64, tomo I, pp. 383 y 384.

Hay que considerar, finalmente, dentro de un orden de ideas análogo al antes propuesto, la posibilidad de invocar la llamada "cláusula Calvo". Ella fue desarrollada por el internacionalista argentino de este nombre y consiste en que en contratos de concesión, principalmente, suscritos entre un Estado y una firma extranjera, se incluye una cláusula conforme a la cual queda prohibido al contratante extranjero reclamar protección diplomática a su gobierno o se estipula por adelantado la improcedencia de toda reclamación internacional que éste pudiera intentar *a posteriori*.<sup>115</sup> Esta cláusula no tiene acogida de parte de muchos países capitalistas, los cuales la consideran nula o, en su defecto, tienden a limitar sus efectos, especialmente haciéndola inoponible al gobierno que puede dar protección diplomática al contratante que es su nacional, o descartándola en forma absoluta en el caso de denegación de justicia.<sup>116</sup> También se estima que un Estado que nacionaliza la empresa comienza por violar dicha cláusula o que ella tiene valor solamente para la ejecución del contrato de concesión, pero no para su terminación o desconocimiento.<sup>117</sup>

<sup>115</sup> Ver Ch. Rousseau, *op. cit.*, nota 59, p. 119.

<sup>116</sup> *Ibid.*

<sup>117</sup> Ver F. Münch, *op. cit.*, nota 18, p. 473.