

Comentarios monográficos

ALGUNOS ASPECTOS DE LA INMUNIDAD JURISDICCIONAL DE LOS ESTADOS Y LA CUESTION DE LOS ACTOS DE ESTADO (ACT OF STATE) EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA

Allan R. Brewer-Carías

*Director del Instituto de Derecho Público,
Universidad Central de Venezuela*

Uno de los principios fundamentales del derecho público contemporáneo es el de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, es decir, que los Tribunales de un Estado no pueden conocer de juicios en los cuales sea parte otro Estado soberano. Este principio, tradicionalmente formulado en términos absolutos, sin embargo, ha admitido en las décadas recientes determinadas restricciones, derivadas de la creciente actuación de los Estados en el mundo empresarial y comercial, de manera que la inmunidad jurisdiccional no se aplica en ciertos supuestos en los cuales un Estado realiza pura y simplemente actividades comerciales.

Pero paralelamente a este principio, en el derecho público contemporáneo también se ha desarrollado el principio de la incompetencia de los Tribunales de un Estado, no para juzgar a otro Estado soberano, aun cuando las partes en el proceso no sean esos Estados, o éstos estén siendo juzgados sólo por sus actividades comerciales. Es la doctrina conocida en el mundo angloamericano como la del *act of state*, según la cual los Tribunales norteamericanos, por razones de orden interno derivadas del principio de la separación de poderes, no pueden juzgar, no ciertos actos del propio Estado norteamericano (a cuyo efecto se ha elaborado la doctrina de las *political questions*), sino los actos que puedan considerarse como de otros Estados soberanos.

Ambas doctrinas, la del *act of state* y la de las *political questions* han conducido a la inhibición de los Tribunales norteamericanos para juzgar actos estatales, de carácter político, sea de otros Estados soberanos, en el primer caso, o del propio Estado Norteamericano, en el segundo caso. En este sentido son similares, como lo afirmó la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos del Noveno Circuito (*United States Court of Appeals, Ninth Circuit*) en su decisión del caso *International Association of Machinists and Aerospace Workers (IAM) v. The Organization of the Petroleum Exporting Countries and Member States*¹:

“The act of state doctrine is similar to the political question doctrine in domestic law. It requires that the courts defer to the legislative and executive branches when those branches are better equipped to resolve a politically sensitive question. Like the political question doctrine, its applicability is not subject to clear definition. The court balance various factors to determine whether the doctrine should apply”².

1. 649, *Federal Reporter*, 2d. series, 1354 (1981).

2. *Idem*, pp. 1358 y 1359.

Ahora bien, la doctrina del *act of state* elaborada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, tiene una gran importancia pues aun cuando un Estado soberano no sea parte en un juicio, los Tribunales norteamericanos han declarado su incompetencia para conocer y juzgar de actos de esos Estados soberanos, cuando se cuestione su validez en cualquier juicio. Por las múltiples relaciones que Venezuela ha tenido con los Estados Unidos, particularmente de carácter comercial, actos del Estado venezolano que han pretendido ser cuestionados en los Tribunales norteamericanos han contribuido al desarrollo de esta doctrina. De allí que hayamos considerado de interés analizar algunos aspectos de la doctrina del *act of state* en la jurisprudencia norteamericana y su estrecha relación con la inmunidad jurisdiccional de los Estados.

I. LA DOCTRINA DEL *ACT OF STATE*

En efecto, la doctrina del *act of state* tuvo una definitiva consagración en una decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 1897 que, coincidentalmente, tuvo que ver con Venezuela. En dicha decisión, conocida como *Underhill v. Hernández*³, la Corte Suprema estableció el criterio que se ha seguido citando en todas las decisiones posteriores en las cuales se ha recurrido a la doctrina del *act of state*, de que:

“Every sovereign state is bound to respect the independence of every other sovereign state, and the courts of one country will not sit in judgement on the acts of the government of another, done within its own territory”⁴.

La Corte Suprema, por ello, en esa sentencia estimó que la decisión de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos que había sido apelada estuvo justificada, al concluir:

“That the acts of the defendant were the acts of the government of Venezuela, and as such are not properly the subject of adjudication in the courts of another government”⁵.

En el caso concreto se trataba de una decisión adoptada en Venezuela, en perjuicio de un ciudadano norteamericano, por un comandante militar (Hernández) representando la autoridad de un grupo revolucionario que había asumido el poder, y cuyo gobierno había sido reconocido por los Estados Unidos.

De acuerdo a la doctrina allí establecida, por tanto, aun cuando la acción no se intentó contra el Estado venezolano, el cual hubiera gozado de inmunidad jurisdiccional en los Tribunales norteamericanos, sino contra el funcionario que adoptó la decisión cuestionada, la Corte Suprema estableció que los actos de un Estado soberano extranjero, en ese caso Venezuela, considerados como actos de su gobierno, no podían ser juzgados por los Tribunales norteamericanos.

3. 166, U.S., 250 (1897).

4. *Idem*, p. 252.

5. *Idem*, p. 254.

Posteriormente, en la también famosa decisión del caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*⁶ de 1963, citada a su vez en otra importante decisión de la Corte, el caso *Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba*⁷ de 1976, ese Supremo Tribunal precisó una noción adicional de gran importancia, en el sentido de indicar que:

“The major underpinning of the act of state doctrine is the policy of foreclosing court adjudications involving the legality of acts of foreign states on their own soil, that might embarrass the Executive Branch of our Government in the conduct of our foreign relations”⁸.

En la misma decisión del caso *Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba*, la Corte Suprema precisó lo siguiente:

In describing the act of state doctrine in the past we have said that it “precludes the court of this country from inquiring into the validity of the public acts a recognized foreign sovereign power committed within its own territory”, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, supra, at 401, and that it applies to “acts done within their own States, in the exercise of governmental authority”, *Underhill v. Hernández*, 168, U.S., at 252”⁹.

Conforme a esto, la doctrina del *act of state* tiene por objeto impedir el examen, por los Tribunales norteamericanos, de la legalidad y validez de los actos de una nación soberana e independiente¹⁰. Más recientemente, como se afirmó en la decisión de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos del Quinto Circuito (United States Court of Appeals, Fifth Circuit) de 1982, en el caso *Compañía de Gas de Nuevo Laredo S.A. v. Entex Inc.*¹¹, al citar la decisión del mismo Tribunal de 1979 en el caso *Industrial Investment Development Corporation v. Mitsui & Co. Ltd.*¹², la protección básica de la doctrina del *act of state*, tiene por objeto impedir “an inquiry into the validity of the foreign government’s law or regulation”¹³. Esta decisión de 1982, además, fundamentó esa conclusión en el *Restatement (second) of Foreign Relations Law of the United States*, Section 41, que establece:

(A) court in the United States . . . will refrain from examining the validity of an act of a foreign State by which the State has exercised its jurisdiction to give effect to its public interest”¹⁴.

Este principio, además, se precisó claramente en la decisión del caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*¹⁵ en la cual la Corte Suprema señaló que:

6. 376, U.S., 398 (1963).

7. 425, U.S., 682 (1976).

8. *Idem*, p. 697.

9. *Idem*, p. 706.

10. Cfr. el caso *American Banana Co. v. United Fruit* 160 F., 184 (1909) cit. en la decisión *Occidental Petroleum Corp. v. Buttes Gas & Oil Co.*, 331, *Federal Supplement*, 92 (1971), p. 109.

11. 686, *Federal Reporter*, 2d. series, 522 (1982).

12. 594, *Federal Reporter*, 2d. series, 48 (1979).

13. *Idem*, p. 325.

14. *Idem*, p. 326.

15. 376, U.S., 400 (1963).

"...rather than laying down or reaffirming an inflexible and all-encompassing rule in this case, we decide only that the Judicial Branch will not examine the validity of a taking of property within its own territory by a foreign sovereign government, extant and recognized by this country at the time of suit, in the absence of a treaty or other unambiguous agreement regarding controlling legal principles, even if the complaint alleges that the taking violates customary international law"¹⁶,

agregando más adelante que:

"Since the act of state doctrine proscribes a challenge to the validity of the Cuban expropriation decree in this case, any counterclaim based on asserted invalidity must fail"¹⁷.

Además la Corte Suprema ha estimado que en los casos en los cuales se plantea la excepción del *act of state*, los Tribunales no pueden entrar a considerar los detalles de la actividad gubernamental ni el mérito de la misma. En la decisión del caso *Ricaud v. American Metal Co.*¹⁸, la Corte Suprema en efecto, decidió lo siguiente, según se cita y ratifica en la decisión del caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*¹⁹, en relación a los efectos de la doctrina del *act of state*, la cual,

"does not deprive the courts of jurisdiction once acquired over a case. It requires only that, when it is made to appear that the foreign government has acted in a given way on the subject-matter of the litigation, the details of such action or the merit of the result cannot be questioned but must be accepted by our courts as a rule for their decision. To accept a ruling authority and to decide accordingly is not a surrender or abandonment of jurisdiction but is an exercise of it. It results that the title to the property in this case must be determined by the result of the action taken by the military authorities of Mexico...", 246 U.S., at 309"²⁰.

En la decisión de la *United States Court of Appeals, Second Circuit* del caso *Hunt v. Mobil Oil Corp.*²¹, incluso, se agregó que toda consideración sobre la motivación del *act of state*, implicaba examinar su validez, lo cual se consideró improcedente. Dicho Tribunal, en efecto, señaló:

"...while the skilled pleader here has meticulously attempted to avoid the issue of validity, its claim is admittedly not viable unless the judicial branch examines the motivation of the Libyan action and that inevitably involves its *validity*...

...here does not succeed in evading the *act of state* doctrine because we cannot logically separate Libya's motivation from the *validity* of its seizure"²²;

16. *Idem*, p. 438.

17. *Idem*, p. 439.

18. 246, U.S., 297.

19. 376, U.S., 400 (1963).

20. *Idem*, p. 418.

21. 550, *Federal Reporter*, 2d. series, 68 (1977).

22. *Idem*, p. 77.

para luego concluir indicando que:

"...As we have already discussed, the issue of legality cannot be isolated from the issue of motivation of the foreign sovereign"²³.

II. LA FORMA DEL ACTO DEL ESTADO EXTRANJERO

Es evidente, en todo caso, que para que pueda invocarse la doctrina del *act of state*, este acto debe ser adoptado por quien tenga autoridad para ejercer poder soberano²⁴; y por supuesto, debe haberse manifestado, de alguna manera, respecto de lo cual debe haber alguna evidencia. Por tanto, el *act of state*, como decisión del Estado soberano, no necesariamente debe revestir la formalidad propia de algunos actos estatales tradicionales como una ley emanada del Congreso, o un decreto o resolución emanados de la autoridad ejecutiva, siempre que pueda probarse su existencia. Ciertamente que en la decisión del caso *Alfred Dunhill of London Inc. v. Republic of Cuba*²⁵, la Corte Suprema se refirió a la prueba del acto de Estado señalando en el caso concreto que:

"No statute, decree, order or resolution of the Cuban Government itself was offered in evidence indicating that Cuba had repudiated its obligations in general or any class thereof or that it had as a sovereign matter determined to confiscate the amounts due to three foreign importers"²⁶.

Ello, sin embargo, fue cuestionado por el Juez J. Marshall, en su voto disidente, al señalar que aun sin estar formalizados en un decreto o medida, los actos de los gobiernos no son menos actos de un Estado, para lo cual cita diversos casos jurisprudenciales comenzando por el *Underhill v. Hernández*²⁷ ya citado. Con base en ellos, este Juez disidente señala que:

"These cases demonstrate not only that an act of state need not be formalized in a particular manner, but also that it need not take form of active, rather than passive, conduct"²⁸.

La cuestión de la formalidad del *act of state* se planteó recientemente en la decisión del caso *Bulk Oil (ZUG) A.G. v. Sun Company Inc.*²⁹, en los siguientes términos:

"Plaintiff argues that the act of state doctrine should not apply here because the British Minister's statements do not constitute formal governmental acts. Plaintiff cites the following language from *Dominicus Americana Bohio v.*

23. *Idem*, p. 78.

24. Cfr. la decisión en el caso *Alfred Dunhill of London Inc., v. Republic of Cuba*, 425, U.S., 682 (1976), pp. 693 y 694.

25. 425, U.S., 682 (1976).

26. *Idem*, p. 695.

27. 168, U.S., 250 (1897).

28. 425, U.S., 682 (1976), pp. 719 y 720.

29. 83, Civ., 741 (1983).

Gulf & Western Industries (473, *F. Supp.*, 660, 669, S.D.N.Y. 1979) in support of its arguments: "In order to trigger application of the act of state doctrine, the government act concerned must be a public one such as legislative enactment, regulatory decree, or executive use of the police powers". It is not entirely clear to us that U.K. policy as expressed by Secretary of Stat in response to inquiries by members of Parliament does not constitute "executive use of the police powers" mentioned in *Domenicus*, but not undercored by plaintiff. At any rate, the use of the phrase "such as" in the quoted passage suggest that the listing was not intended to be exhaustive. Indeed, the Suprme Court has defined the doctrine as applying to "public acts a recognized foreign sovereign power committed within its own territory", *Banco Nacional de Cuba* (376, U.S. at 401), and "acts done within their own states in the exercise of governmental authority", *Underhill v. Hernández* (166, U.S., 250, 252 (1897)). See *Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba*, 425, U.S., 682, 706 (1976)"³⁰.

Por tanto, debe señalarse que el *act of state* no requiere la formalidad de un acto estatal clásico, pues incluso puede consistir en la formulación de una política gubernamental contenida en un plan, como resultado de la decisión del caso *Matter of Sedco Inc.*³¹ o en la emisión de una orden, así sea verbal, de parte del funcionario competente del Estado.

Por supuesto, en cuanto a la formalidad, debe tenerse presente el ya mencionado criterio de la jurisprudencia norteamericana expresado en la decisión de los casos *Alfred Dunhill of London Inc v. Republic of Cuba* (1976) y *Dominicus America Bohio v. Gulf & Western Industries* (1979), antes citados.

En este sentido, incluso la United States District Court, D. Delaware en la decisión del caso *Interamerican Refining Corp. v. Texaco Maracaibo*³² admitió claramente no sólo que el *act of state* podía ser formulado oralmente sino que en ningún caso, si había evidencia de que se había producido, el mismo podía ser cuestionado en su validez por el Tribunal. La Corte Distrital, así, señaló:

"Plaintiff assert that the evidence of compulsion is indirect, circumstantial, and oral, therefore insufficient. Consequently, according to plaintiff, issues of fact arise as to defendants' asserted defense. Neither law nor the record support such a position. Both Mr. Walter Mengden, then president of Supven, and Mr. Frank Richardson, a Monven vice president, state that Venezuelan officials told them that sales to Interamerican must cease. Their testimony is neither circumstantial nor indirect; rather it is persuasive proof that such events occurred. Plaintiff offers no reason to doubt their credibility and no facts to contradict them"³³.

En todo caso, esa misma Corte Distrital, en esa decisión reafirmó la incompetencia del Tribunal para inquirir siquiera sobre la validez de la orden gubernamental concreta, dada oralmente por el funcionario competente, afirmando lo siguiente:

30. Consultada en copia original.

31. 543, *Federal Supplement*, 562 (1982), pp. 565 y 566.

32. 307, *Federal Supplement*, 1291 (1970).

33. *Idem*, p. 1299.

“(7) Plaintiff maintains that even if compulsion is a good defense, the acts of compulsion must be valid under Venezuelan laws. It urges the Court to consider the affidavit of a Venezuela attorney to the effect that the Minister of Mines and Hidrocarbons has no authority to bar sales of crude oil to anyone and that no officer had authority to issue binding orders without putting them in writing and publishing them in the *Gazeta Oficial*. Since not legal, says plaintiff, the orders were not “compulsive”.

“(8) This Court may not undertake such an inquiry. In *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376, U.S., 398, 84 S. Ct. 923, 11 L. Ed. 2d. 804 (1964), the Supreme Court held that it could not explore validity under Cuban law of acts of expropriation by the Castro government. The act of state doctrine, based upon proper concepts of sovereignty and separation of powers, commands that conduct of foreign policy reside exclusively in the executive. For our courts to look behind the acts of a foreign government would impinge upon and perhaps impede the executive in that function. *Whether or not Venezuelan officials acted within their authority and by legitimate procedures is therefore not relevant to the instant case*”³⁴.

En la misma decisión, la Corte Distrital sobre este punto, fue aún más reiterativa y conclusiva, al expresar:

“The Court concluded earlier that for it to inquire into the validity of the acts of a foreign state would violate the act of state doctrine. *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, supra. Plaintiff now contends that whether or not action taken by the Ministry was “compulsive” is a question of fact. It urges that it be permitted to show at trial that the order was not binding because oral and without legal authority. For the same reasons as those announced above, *whether the act was legal or “compulsive” under the laws of Venezuela is no more a proper inquiry for the jury than it is for the Court*. Plaintiff correctly states that whether or not a foreign official “ordered” certain conduct is an evidentiary question. *But the factual inquiry is limited to the existence of the officer and the order. Once governmental action is shown, further examination is neither necessary nor proper*”³⁵.

En definitiva, la doctrina del *act of state* como excepción a los efectos de justificar la incompetencia de los Tribunales Americanos, o en palabras de la Corte Suprema la “*judicial abstention*”³⁶ impide que se cuestione la validez o legalidad de los actos de un gobierno extranjero, tanto en su contenido como en su forma, lo que le está vedado a los Tribunales Americanos³⁷.

34. Idem, pp. 1298 y 1299.

35. Idem, p. 1301.

36. Caso *Hunt v. Mobil Oil Corp.*, 550, *Federal Reporter*, 2d. series, 68 (1977), p. 74.

37. Cfr. las decisiones citadas *Industrial Investment Development Corporation v. Mitsui & Co. Ltd.*, 594, *Federal Reporter*, 2d. series, 48 (1979), pp. 49 y 51; *Compañía de Gas de Nuevo Laredo S.A. v. Entex Inc.*, 686, *Federal Reporter*, 2d. series, 322 (1982), pp. 325 y 326; *International Association of Machinists and Aerospace Workers v. OPEC*, 649, *Federal Reporter*, 2d. series, 1354 (1980), pp. 1359 y 1361. Véase también, la decisión de la *United States District Court, C.D. California* de 1971 en el caso *Occidental Petroleum Corporation v. Buttes Gas & Oil Company*, 331, *Federal Supplement*, 92 (1971), pp. 108 y 109.

III. LA PARTICIPACION DEL ESTADO EXTRANJERO EN EL ASUNTO DEBATIDO

Por supuesto, en la aplicación de la doctrina del *act of state*, la jurisprudencia norteamericana ha tomado en cuenta el grado de "*involvement*" del Estado soberano, mediante sus actos, en el asunto debatido, en el sentido de que entre los factores que deben balancearse en la aplicación de la doctrina, está "*the degree of involvement of the foreign state*"³⁸, por lo que en el caso *Industrial Investment Development Corp. v. Mitsui*³⁹ la United States Court of Appeals Fifth Circuit consideró casos en los cuales la Corte Suprema había encontrado que el *involvement* del Estado extranjero había sido muy insignificante como para invocar la doctrina del acto de Estado⁴⁰. En consecuencia, para la aplicación de la doctrina del *act of state* debe haber una relación causal directa entre el acto del Estado soberano y la conducta debatida en juicio.

En este sentido, la excepción del *act of state* ha sido admitida claramente en casos en los cuales la conducta debatida de una de las partes resulta de una decisión "compulsiva" de un Estado soberano. Esto resulta, por ejemplo, de la decisión en el caso *Interamerican Refining Corp. v. Texaco Maracaibo Inc.*⁴¹, en la cual se afirmó:

"The court concludes, however, for reasons hereinafter stated, that the undisputed facts demonstrate that defendants were *compelled* by regulatory authorities in Venezuela to boycott plaintiff"⁴².

En el caso concreto se trataba de una orden compulsiva emanada, precisamente, del gobierno venezolano, de que los demandados no suministraran petróleo venezolano a la demandante. Por ello, en esa decisión la United States District Court, D. Delaware, señaló:

"It requires no precedent, however, to acknowledge that sovereignty includes the right to regulate commerce within the nation. When a nation compels a trade practice, firms there have no choice but to obey. Acts of business become effectively acts of the sovereign"⁴³.

Esta decisión se corrobora en la adoptada por la *United States District Court, Southern District of New York* en el caso *Bulk Oil (ZUG) A.G. v. Sun Company Inc.*⁴⁴, relativo también a una negativa de suministro de petróleo basada en una "política" del Reino Unido que impedía ventas directas de petróleo del Mar del Norte a Israel.

38. Véase la decisión en el caso *Compañía de Gas de Nuevo Laredo S.A. v. Entex Inc.*, 686, *Federal Reporter*; 2d. series, 322 (1982), p. 325.

39. 594, *Federal Reporter*, 2d. series, 48 (1979).

40. *Idem*, p. 52, p.e. *United States v. Sisal Sales Corp.*, 274, U.S.: 268 (1926):

41. 307, *Federal Supplement*, 1291 (1970).

42. *Idem*, p. 1296.

43. *Idem*, p. 1298.

44. 83, 741 (CES) (1983).

IV. LOS ACTOS DE ESTADO Y EL CONTROL SOBRE LOS RECURSOS NATURALES

Ahora bien, entre los numerosos casos decididos por los tribunales de los Estados Unidos aplicando la doctrina del *act of state*, debe destacarse la apreciación que la *United States District Court, S.D., Texas*, hizo en el caso *Matter of Sedco Inc.*⁴⁵, en el sentido de que:

“A very basic attribute of sovereign is the control over its mineral resources and short of actually selling these resources on the world market, decisions and conduct concerning them are uniquely governmental in nature”⁴⁶.

Similar criterio sostuvo la *United States District Court for the Central District of California* al decidir la acción introducida por *International Association of Machinist and Aerospace Workers contra la OPEP y sus Estados Miembros*⁴⁷, a favor de estos últimos, caso que luego fue decidido en la *United States Court of Appeals, Ninety Circuit*⁴⁸. El Juez de Primera Instancia, en efecto, señaló que de acuerdo al derecho internacional, “The development and control of natural resources is a prime governmental function”⁴⁹. En consecuencia, los actos de los Estados concernientes al ejercicio de la soberanía sobre los recursos naturales de ellos, sin duda, deben considerarse como *acts of state*.

Sin embargo, ante los casos de confiscación o de apropiación de bienes de particulares en violación de principios del derecho internacional público (en particular, si no se paga la justa compensación) la doctrina del *act of state*, sostenida en la decisión de la Corte Suprema *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*⁵⁰, al abstenerse de considerar sobre la validez de una expropiación efectuada por el gobierno de Cuba en su territorio de bienes propiedad de ciudadanos norteamericanos, fue restringida, precisamente, por la denominada *Sabbatino Amendment*, la cual prescribió que:

“Notwithstanding any other provision of law, no court in the United States shall decline on the ground of the federal act of state doctrine to make a determination of the merits giving effect to the principles of international law in a case in which a claim of title or other right to property is asserted by any party including foreign states based upon a confiscation or other taking after January 1, 1959, by an act of the State in violation of the principles of international Law”⁵¹.

Con esto se quiso poner fin a la aplicación de la excepción de la doctrina del acto de Estado en los casos de confiscaciones.

45. 543, *Federal Supplement*, 561 (1982).

46. *Idem*, p. 566.

47. 477, *Federal Supplement*, 553 (1980).

48. *International Association of Machinist and Aerospace Workers v. The Organization of the Petroleum Exporting Countries (OPEC)*, 649, *Federal Reporter*, 2d. series, 1354.

49. 477, *Federal Supplement*, pp. 567 y 578.

50. 376, U.S., 398 (1964).

51. *Cit.* en la decisión *Occidental Petroleum Corp. v. Buttes Gas & Oil Co.*, 331, *Federal Supplement*, 92 (1971), p. 111.

Ahora bien, en los casos en los que se ha producido nacionalización de los recursos naturales o de la industria extractiva de los mismos, y para su explotación, el Estado soberano constituye empresas comerciales públicas, además del tema de la aplicación de la doctrina del *act of state*, surge también el principio de la aplicabilidad de la doctrina de la inmunidad jurisdiccional de los Estados soberanos.

V. LA DOCTRINA DE INMUNIDAD JURISDICCIONAL DE LOS ESTADOS, Y LAS EMPRESAS DEL ESTADO

La doctrina de la inmunidad jurisdiccional de los Estados ha sido resumida en la decisión *International Association of Machinists and Aerospace Workers (IAM) v. The Organization of the Petroleum Exporting Countries (OPEC)*⁵² en los siguientes términos:

“In the international sphere each state is viewed as an independent sovereign, equal in sovereignty to all other states. It is said that an equal holds no power of sovereignty over an equal. Thus the doctrine of sovereign immunity: the courts of one state generally have no jurisdiction to entertain suits against another state. This rule of international Law developed by custom among nations”⁵³.

De acuerdo a esta doctrina, por tanto, los Estados tienen el privilegio de no ser juzgados por los Tribunales de otros Estados. Pero este principio, además, se aplica no sólo a los Estados en sí mismos, como personas jurídicas, sino a las entidades descentralizadas que en determinadas materias actúan como si fueran el propio Estado soberano, o como lo señala el *Foreign Sovereign Immunity Act (FSIA)* de 1976, como si fueran sus agencias o instrumentos (*instrumentalities*). Debe destacarse en este sentido, la importante decisión de la *United States District Court, S.D., Texas*, en el caso *Matter of Sedco Inc.*⁵⁴, en la cual al constatarse que Petróleos Mexicanos (PEMEX), era una agencia descentralizada del gobierno mexicano, encargada de la exploración y desarrollo de los recursos de hidrocarburos de México, se consideró que “Beyond a doubt, Pemex is a *foreign State* as contemplated by p. 1603 of the FSIA”⁵⁴. Esa decisión cita como antecedente otra decisión anterior, la *Carey v. National Oil Corp.*⁵⁵, en la cual se había reconocido a la Corporación Libia de Petróleo perteneciente al Gobierno Libio, como un Estado extranjero a los efectos de la FSIA⁵⁶.

De esta manera, la doctrina de la inmunidad jurisdiccional de los Estados soberanos es de aplicación constante en los Estados Unidos, y ha sido extendida en diversos casos a las agencias o empresas gubernamentales o públicas.

Ahora bien, la doctrina de la inmunidad jurisdiccional, se ha dicho en la decisión del caso *International Association of Machinists and Aerospace Workers (IAM) v. The Organization of the Petroleum Exporting Countries*⁵⁷, “es similar a la del *act of state*

52. 649, *Federal Reporter*, 2d. series, 1359 (1981).

53. *Idem*, p. 1357.

54. 543, *Federal Supplement*, 561 (1982), p. 565.

55. 592, *Federal Reporter*, 2d. series, 673 (1979).

56. *Idem*, p. 565.

57. 649, *Federal Reporter*, 2d. series, 1354 (1981).

en cuanto a que también representa la necesidad de respetar la soberanía de los Estados extranjeros. Las dos doctrinas, sin embargo, difieren en aspectos significativos. El principio de la inmunidad de soberanía está dirigido a la jurisdicción del Tribunal. La doctrina del acto de Estado no es jurisdiccional; más bien es una prudente doctrina destinada a evitar acciones en áreas sensibles⁵⁸.

De acuerdo a la doctrina de la inmunidad de soberanía, sin duda, las empresas del Estado venezolanas, por ejemplo, las encargadas de desarrollar la industria y el comercio de los hidrocarburos en virtud de la Ley que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975, podrían invocar dicho principio ante los Tribunales norteamericanos.

Este es el principio, por otra parte, que deriva de la propia Constitución Venezolana en materia de contratos de interés público, cuyo artículo 127 establece la denominada cláusula de inmunidad de jurisdicción que se presume incorporada en los contratos de interés público, en los siguientes términos:

Art. 127. En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, en conformidad con las leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”.

Con esta cláusula se establece, sin duda, el privilegio del Estado Venezolano y de sus entidades gubernamentales de no ser sometidos libremente a la jurisdicción de los Tribunales de otros Estados, y la misma tiene su antecedente remoto en la Constitución de 1893, en la cual no sólo se estableció la inmunidad de jurisdicción sino la llamada Cláusula Calvo, que implicaba la improcedencia de reclamaciones diplomáticas por parte de Estados extranjeros por cuenta de súbditos de los mismos, sin que se hubiera agotado previamente la jurisdicción venezolana (Art. 149). En este texto y en los posteriores, las Constituciones establecieron la inmunidad de jurisdicción absoluta, lo cual comenzó a abandonarse en la Constitución de 1947, donde se estableció la inmunidad “si fuera procedente de acuerdo con la naturaleza” de los contratos, mención que recoge la Constitución vigente.

De acuerdo a ello, por tanto, en la actualidad, la cláusula se presume incorporada en los contratos de interés público, siempre que ello no sea improcedente de acuerdo a la naturaleza de los contratos, lo cual se refiere, por ejemplo, a contratos en los que en la práctica internacional se considera que no afectan la soberanía, como sucede con los contratos de empréstito público o aquellos de neto carácter comercial.

La Constitución Venezolana, en esta forma abandonó la fórmula absoluta del principio de la inmunidad de jurisdicción y ha acogido el criterio restrictivo, lo cual, desde el ángulo del sistema norteamericano, nos conduce a analizar las excepciones comerciales a la doctrina de la inmunidad de soberanía y, por supuesto, a la doctrina del *act of state*, incluso en su aplicación respecto de empresas del Estado.

58. Idem, p. 1359.

VI. LA EXCEPCION COMERCIAL A LAS DOCTRINAS DE LA INMUNIDAD DE SOBERANIA Y DEL *ACT OF STATE*

En los Estados Unidos, como lo afirmó la Corte Suprema en la decisión *Alfred Dunhill of London Inc. v. Republic of Cuba*⁵⁹, puede decirse que a partir de 1952, en la famosa carta *Tate* del Departamento de Estado se había abandonado la teoría absoluta de la inmunidad de soberanía y se había adoptado la perspectiva restrictiva de la misma, al afirmar que:

“Under which immunity in our court should be granted only with respect to causes of action arising out of a foreign state's public or governmental action and not with respect to those arising out of its commercial or proprietary actions”⁶⁰.

Por ello, la Corte en dicha decisión concluía que:

“In their commercial capacities, foreign governments do not exercise powers peculiar to sovereigns. Instead, they exercise only those powers that can also be exercised by private citizens”⁶¹.

En consecuencia, cuando un Estado extranjero o una empresa del Estado realiza en los Estados Unidos actividades de índole netamente comercial, no puede oponer en caso de juicio, la excepción de inmunidad de soberanía.

En el mismo año de la decisión mencionada de la Corte Suprema, fue aprobada la *Foreign Sovereign Immunity Act (FSIA)* (1976), y en la misma, si bien se concede inmunidad jurisdiccional a los Estados extranjeros y sus agencias e instrumentos, se establecen varias excepciones, y entre ellas, la de la actividad comercial. De acuerdo a la sección 1605 (a) (2) de dicha ley, mediante la excepción de actividad comercial se niega inmunidad a los Estados extranjeros “cuando se bajan de su status de soberanos y realizan una actividad comercial”⁶².

A los efectos de determinar lo que debe ser una actividad comercial, la FSIA la define así:

“A regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose” (1603) (d).

Conforme a ello, de acuerdo a la decisión del caso *Matter of Sedco Inc.*⁶³:

“There is little doubt that where a foreign nation enters into the world marketplace to purchase or sell goods, it has engaged in commercial activity for purposes of the FSIA”⁶⁴.

59. 425, U.S., 682 (1976).

60. Idem, p. 698.

61. Idem, p. 704.

62. Ver la decisión en el caso *Matter of Sedco Inc.*, 543, *Federal Supplement*, 561 (1982), pp. 564 y 565.

63. 543, *Federal Supplement*, 561 (1982).

64. Idem, p. 565

Por ello, en la misma decisión se afirma en general, al referirse a la empresa Petróleos Mexicanos, que esta, "as a national oil company, engages in a substantial amount of commercial activity"⁶⁵.

Sin embargo, a pesar de la definición de actividad comercial del FSIA, y de que se consideró que PEMEX realizaba normalmente tales actividades comerciales, en el caso concreto decidido por la *United States District Court, S.D., Texas*, en el citado *Matter of Sedco Inc.*⁶⁶, ésta consideró que la doctrina de inmunidad soberana era aplicable a la empresa Petróleos Mexicanos (PEMEX), y en consecuencia no le era aplicable la excepción a la misma derivada de la actividad comercial, porque se consideró que la actividad exploratoria de la empresa en la Bahía de Campeche (y que dio lugar a un derrame petrolero) derivaba de la ejecución de una política formada en niveles superiores del gobierno, y constituía un acto de naturaleza "únicamente soberana"⁶⁷.

Alternativamente, de acuerdo a la FSIA, p. 1605 (a) (5), se alegaba la inaplicabilidad a PEMEX del principio de la inmunidad de soberanía, en base a la excepción denominada de daño no comercial cometido por un Estado extranjero en los Estados Unidos. La Corte del Distrito, en relación a ello, insistió en su argumento anterior, otorgando a PEMEX la inmunidad de soberanía, en base al siguiente argumento:

"Pemex, in this case, was executing a national plan formulated at the highest levels of the Mexican government by exploring for Mexico's natural resources. Any act performed by a subordinate of Pemex in furtherance of this exploration plan was still discretionary in nature and immune from suit under the FSIA. To deny immunity to a foreign state for the implementation of its domestic economic policies would be to completely abrogate the doctrine of foreign sovereign immunity by allowing an exception to swallow the grant of immunity preserved by p. 1604"⁶⁸.

En consecuencia, a pesar de la existencia de la excepción de actividad comercial a la doctrina de la inmunidad jurisdiccional de los Estados soberanos y de sus empresas públicas, y de que se reconozca que estas últimas normalmente realizan actividades comerciales, sin embargo, la decisión del Tribunal en el caso comentado aplicó la doctrina de la inmunidad soberana a PEMEX, al considerar que en la actividad concreta que desarrollaba, ejecutaba una política gubernamental.

Debe señalarse, en todo caso, que aun en casos en los cuales no se aplique la doctrina de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, sea porque éstos o particulares realicen actividades de índole comercial, sin embargo puede plantearse la doctrina del *act of state*. En otras palabras, como se dijo en la decisión del caso *International Association of Machinery and Aerospace Workers v. OPEC*⁶⁹:

"The act of state doctrine is not diluted by the commercial activity exception which limits the doctrine of sovereign immunity. While purely commercial activ-

65. *Idem*, p. 565.

66. 543, *Federal Supplement*, 561 (1982).

67. *Idem*, p. 566.

68. *Idem*, p. 567.

69. 649, *Federal Reporter*, 2d. series, 1354 (1981).

ity may not rise to the level of an *act of state*, certain seemingly commercial activity will trigger *act of state* considerations. . . . Because *act of state* doctrine and the doctrine of sovereign immunity address different concerns and apply in different circumstances, we find that the *act of state* doctrine remains available when such caution is appropriate, regardless of any commercial component of the activity involved”⁷⁰.

Ha sido precisamente en base a este criterio, que la misma Corte de Apelaciones estimó en esa decisión, que “The availability of oil has become a significant factor in international relations”⁷¹; y que la *United States District Court, Southern District of New York*, en decisión del caso *Bulk Oil (Zug) A.G. v. Sun Company Inc.*⁷², consideró que la negativa de una empresa a suministrar petróleo a otra basada en una política gubernamental, así como la inclusión en los contratos de suministro de petróleo entre empresas, de una Cláusula de Destino, a los efectos de cumplir dicha política gubernamental, constituían el resultado de un *act of state*.

En efecto, en esta decisión, la Corte de Distrito estableció que el contrato celebrado entre *Bulk Oil (ZUG) A.G.* y *Sun* para suministro de petróleo, estaba específicamente ligado a la “U.K. Policy” (Política del Reino Unido), al señalarle lo siguiente:

“U.K. Policy as stated by the British Secretary of State for Energy, precluded direct sales of North Sea Oil to Israel. To hold defendants in violation of the United States antitrust laws would thus seem to require an inquiry into the validity of official British policy. This is precisely the type of inquiry the *Act of State* doctrine is supposed to bar”.

Por tanto, en este caso, tratándose de una actividad comercial entre dos empresas particulares, la Corte de Distrito consideró que las cuestiones derivadas del suministro de petróleo con Cláusula de Destino, en ejecución de una política gubernamental del país productor de petróleo (en este caso, el Reino Unido), no podían ser decididas por los Tribunales, en aplicación de la doctrina del *act of state*.

70. *Idem*, p. 1360.

71. *Idem*, p. 1360.

72. 83, Civ. 741 (1983).