

# LOS CREDITOS A ENTIDADES GUBERNAMENTALES SEGUN LA DOCTRINA DE LA INMUNIDAD DE SOBERANOS EXTRANJEROS EN LOS ESTADOS UNIDOS

Johanna Marroig de  
Schiappa - Pietra\*

## 1. INTRODUCCION

Desde los albores del siglo diecinueve, la jurisprudencia norteamericana ha reconocido que los estados soberanos pueden gozar de inmunidad jurisdiccional en las cortes de los Estados Unidos. En 1976, el Congreso norteamericano aprobó la Ley de Inmунidades de Soberanos Extranjeros (**Foreign Sovereign Immunities Act - FSIA**) que desde entonces se ha constituido en la principal base normativa para someter a la jurisdicción de cortes estadounidenses a estados soberanos o a sus entidades<sup>1</sup>.

Actualmente, las operaciones de comercio exterior realizadas por entidades estatales representan el quince por ciento de todo el comercio mundial<sup>2</sup>. Dentro de tal marco, se ha incrementado hasta niveles impresionantes el flujo de transacciones entre particulares norteamericanos y estados soberanos o entidades pertenecientes a éstos.

A causa del enorme numero de transacciones comerciales que comprometen a estados soberanos y, dado el hecho que el **FSIA** provee el único medio para imponer la jurisdicción de tribunales estadounidenses sobre un estado soberano, la sección del **FSIA** referida a la actividad comercial es de gran relevancia para la resolución de las disputas que surgen de transacciones internacionales.

Las cortes estadounidenses han enfrentado una y otra vez la cuestión de decidir a si ciertos actos de un estado soberano deben ser considerados bajo el carácter de comerciales al amparo de la **FSIA**. Esta ley delimita el alcance de la inmunidad conferida a actos de *jure imperii* (acciones o actos públicos) y por consiguiente excluye de tal beneficio a los

---

\* Abogada. Miembro del New York Bar Association. B.A. en International Affairs and Political Science (Marquette University). Diplome Cours de Civilization Francaise (Universite de Paris - Sorbonne). J.D. cum laude (American University).

1 Ver el caso de Argentine Republic v. Amerada Hess Corp, 488 U.S. 428, 434-39 (1989).

2 VON MEHREN, Robert B. **The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976**, 17 Colum. J. Transnat'l L. 33, 41-42.

actos *jure gestionis* (actos privados o comerciales). Esta deferencia dada a los actos soberanos presenta un problema fundamental: ¿cómo diferenciar aquellos actos en virtud de los cuales un estado soberano incurre en responsabilidad ante una jurisdicción extranjera, respecto de aquellos otros que merecen el beneficio de la inmunidad?

Este ensayo examina la práctica del otorgamiento de préstamos comerciales a gobiernos extranjeros y sus implicancias directas en cuanto al ejercicio de la inmunidad jurisdiccional dentro de los Estados Unidos. Se concluye que a pesar de las precisiones contenidas en el más reciente fallo de la Corte Suprema sobre esta materia, los alcances de la *FSIA* aún requieren ser clarificados.

## 2. ORIGENES DE LA DOCTRINA DE IMMUNIDAD SOBERANA

La inmunidad soberana se basa en una noción igualitaria según la cual ninguna nación puede gozar de capacidad jurídica o política para ejercer jurisdicción sobre otra sin el previo consentimiento de ésta. Inicialmente por cortesía y posteriormente por mandato del derecho internacional consuetudinario, el estado soberano gozaba de inmunidad ante los tribunales y en otros aspectos de jurisdicción territorial foránea. La inmunidad soberana es una doctrina legal cuyo fundamento se basa en el antiguo principio de «el rey no puede hacer ningún mal» (*the king can do no wrong*)<sup>3</sup>. La doctrina impedía demandar a un estado ante jurisdicción foránea sin su consentimiento. Con algunos matices, este principio ha sido incorporado en el derecho internacional convencional de nuestros días.

Historicamente, los Estados Unidos han aceptado esta teoría y le reconocían inmunidad jurisdiccional absoluta a los estados soberanos para que no quedasen sometidos a las decisiones de los tribunales estadounidenses. Entre 1812 y 1952, los Estados Unidos observaron la práctica de inmunidad soberana absoluta. Varias decisiones judiciales que intentaron restringir el alcance de tal inmunidad resultaron vulnerables frente a las presiones políticas, y el Ejecutivo muchas veces intentó utilizar sus influencias sobre las cortes<sup>4</sup>. Final-

3 28 U.S.C. s 1605(a)(2) (1988). La Sección 1605(a)(2) de la *FSIA* es la excepción a la actividad comercial. Esta sección establece lo siguiente:

(a) Un estado extranjero no será inmune de la jurisdicción de las cortes de los Estados Unidos o de los Estados en cualquier caso en el que (2) la acción esté basada en una actividad de índole comercial llevada a cabo en los Estados Unidos; o por un acto a ser realizado dentro de los Estados Unidos que tenga conexión con una actividad comercial del estado extranjero; o por un acto que ocurra fuera del territorio de los Estados Unidos que tenga relación con una actividad de índole comercial del estado extranjero en cualquier otra parte y que dicho acto cause un efecto directo en los Estados Unidos.

4 Ver la Carta de Jack B. Tate, Abogado para el Departamento de Estado de los Estados Unidos, al Fiscal del Departamento de Estado de los Estados Unidos, General Philip B. Cherooot (Mayo 19, 1952), la cual aparece reproducida en 26 Dep't St. Bull. 984, 985 (1952). La carta del señor Tate señala la existencia de inconsistencias causadas por la exposición del gobierno de los Estados Unidos a ser demandados por sus actos, pero a la vez, otorgándole inmunidad a otros soberanos por sus actos nocivos. Más aún, el aumento en las actividades de índole comercial entre los gobiernos hizo que las determinaciones de la corte en cuanto a los derechos de demandantes y demandados fuera necesaria. Finalmente, la carta reconoce la teoría de inmunidad restrictiva como el patrón existente entre otros países civilizados.

Según la Carta Tate, bajo el principio restrictivo, «un soberano extranjero era inmune de ser demandado por casos que involucraran sus actos públicos (*jus imperii*) pero no por sus actos comerciales (*jus gestionis*).» La inmunidad absoluta continuó siendo la regla en casos relacionados a los actos públicos o soberanos de las naciones.

mente, en 1976, el Congreso promulgó la *FSIA*, ley reglamentaria de la doctrina de inmunidades soberanas. Esta ley ha permitido avanzar en uniformizar criterios jurisprudenciales en materia de inmunidad soberana<sup>5</sup>.

Las normas del *FSIA* despolitizan la determinación de inmunidad al codificar el «principio restringido» y otorgan a los jueces el control exclusivo sobre determinaciones concernientes a inmunidad<sup>6</sup>.

Una de las decisiones clásicas que ilustran la Doctrina de Inmunidad Soberana es el caso de *The Schooner Exchange v. McFaddon*<sup>7</sup>. En *The Schooner*, los demandantes solicitaron recuperar la posesión de un barco que ellos alegaban les pertenecía pero había sido capturado en altamar por los agentes de Napoleón. La Corte Suprema de los Estados Unidos, basándose en el criterio que la dignidad de un soberano (típicamente un rey o príncipe) no debe ser degradada, concluyó que los buques armados del soberano son inmunes a la jurisdicción de otro estado amigo, aún pese a que la cuestión planteada por el caso involucraba el título de propiedad de dicho buque<sup>8</sup>.

El tema de inmunidad de buques mercantes en casos relativos a reclamaciones comerciales fue presentado ante la Corte Suprema otra vez en 1943. En *Ex parte Peru*<sup>9</sup>, se dictaminó que las cortes están obligadas a seguir disposiciones del Ejecutivo respecto a temas de inmunidad soberana. La Corte mantuvo su fallo anterior en el sentido que los buques pertenecientes a un estado extranjero están amparados por inmunidad jurisdiccional en los Estados Unidos, aún si tanto el buque como la reclamación tienen carácter comercial. Esta vez, sin embargo, el Departamento de Estado «reconoció y permitió» formalmente el reclamo de inmunidad efectuado en representación del Gobierno del Perú. La Corte, de consiguiente, basó su decisión en tal criterio.

---

5 El Congreso señaló que la promulgación de la *FSIA* liberó al Departamento de Estado de la «presión» empleada por aquellos gobiernos extranjeros que pretendían inmunidad soberana absoluta.

6 Remitirse a la nota número 4.

7 *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116, 147 (1812) (estableció la doctrina de otorgarle inmunidad soberana absoluta a los estados extranjeros para no ser enjuiciados en las cortes de los Estados Unidos).

En *The Schooner Exchange*, dos ciudadanos estadounidenses, luego de haber conocido la noticia que el barco *Exchange* había encallado en la ciudad de Filadelfia, registraron una orden de captura contra el buque en una Corte Federal de Distrito alegando que ellos era los únicos dueños del buque. Ellos argumentaron que los agentes de Napoleón, Emperador de Francia, los despojaron del buque mientras navegaban el altamar. La rama ejecutiva del gobierno de los Estados Unidos intervino, argumentando que ya que un país amistoso era dueño del buque, el mismo debería ser inmune ante las cortes de los Estados Unidos. El Juez Marshall, de la Corte Suprema determinó que el buque fue capturado por los agentes de Napoleón y luego convertido en buque de guerra al servicio de Francia. Al negar la orden de captura contra el buque, el juez de la Corte Suprema Marshall opinó lo siguiente: «El *Exchange*, siendo un buque de guerra armado, al servicio de un soberano extranjero, con el cual los Estados Unidos mantiene relaciones amistosas, y, habiendo encontrado un puerto estadounidense el cual estaba libre para su recibimiento, debe de ser considerado como un barco que ha cruzado aguas territoriales estadounidenses, comportándose conforme a las normas de dicho país, siendo de consiguiente válida la premisa implícita de que dicho buque estará exceptuado de la jurisdicción de dicho país». *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116, 147 (1812).

Con posterioridad a la decisión en *The Schooner Exchange*, la Corte Suprema reconoció la competencia de la rama ejecutiva en determinaciones relacionadas con el ejercicio de inmunidad. Ver el H.R. Rep. No. 1487, 94th Cong., 2d Sess. 5 (1976), reproducido en 1976 U.S.C.C.A.N. 6604, 6606.

8 *Idem*.

9 *Ex parte Republic of Peru*, 318 U.S. 578, 588 (1943) (requiriendo que los tribunales estadounidenses acepten y sigan las determinaciones de la rama ejecutiva sobre los alcances de la inmunidad soberana).

En respuesta al aumento experimentado en las actividades comerciales por parte de estados extranjeros y en vista de las innovaciones producidas en el derecho internacional, el Departamento de Estado adoptó un principio restringido de inmunidad soberana en la *Carta Tate* de 1952. La *Carta Tate* fundamentó el criterio según el cual los estados extranjeros dejan de gozar de inmunidad jurisdiccional ante las cortes estadounidenses en todo lo relativo a las operaciones comerciales que realicen en el mercado<sup>10</sup>. El contenido de esta carta sentó los fundamentos de la excepción comercial en materia de inmunidad soberana, luego recogidos en el *FSIA*.

El caso pionero que ejemplifica esta teoría restrictiva adoptada en la *Carta Tate* fue *Victory Transport Inc. v. Comisaria General de Abastecimientos y Transportes*<sup>11</sup>. En éste, la Corte del Segundo Circuito determinó que el *charting* de un buque por parte de una entidad del gobierno de España para transportar excedentes de granos desde los Estados Unidos para ser distribuidos entre la población española constituye un acto de índole comercial, y que, en consecuencia, el demandado no es immune de juzgamiento para compelerlo a someterse a arbitraje, tal como lo requería la contraparte del *charting*, a pesar de ser aquél una entidad del gobierno español.

En el caso *Victory Transport*, la Corte definió cinco categorías de actos considerados bajo el derecho internacional como de naturaleza pública estatal (*jus imperii*):

- (a) actos administrativos internos, tales como la expulsión de un extranjero;
- (b) actos legislativos, tales como la nacionalización;
- (c) actos relacionados a las fuerzas armadas;
- (d) actos que conciernen actividades diplomáticas; y,
- (e) préstamos públicos<sup>12</sup>.

### 3. LA LEY DE INMUNIDADES SOBERANAS (*FSIA*) EN LA ACTUALIDAD

La teoría restrictiva de la inmunidad soberana delimita el ámbito de aplicabilidad del privilegio de inmunidad otorgado a un estado extranjero en cuanto a sus actos públicos (*jus imperii*), diferenciándolos de sus actividades comerciales o privadas (*jus gestionis*).

La *FSIA*, promulgada en 1976, codifica el principio restrictivo de la inmunidad soberana extranjera. Los objetivos del Congreso al aprobar la *FSIA* fueron: (1) facilitar el procedimiento mediante el cual los demandantes pueden interponer acciones en cortes estadounidenses contra estados extranjeros o sus agencias por situaciones resultantes de actos comerciales; (2) proveer un marco reglamentario uniforme de procedimiento para establecer jurisdicción material o personal sobre los soberanos extranjeros<sup>13</sup>.

10 Remitirse a la nota 4.

11 381 US 934 (1965).

12 *Idem.* p. 360.

13 Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, 28 U.S.C. ss 1330, 1602- 1611 (modificatoria del 28 U.S.C. ss 1332, 1391, 1441 (1988)). La Sección 1604 de la *FSIA* contiene lo siguiente: Sujeto a los acuerdos internacionales existentes a los cuales los Estados Unidos es parte al tiempo de la promulgación de esta ley, un estado extranjero será immune de la jurisdicción de las cortes de los Estados Unidos y de sus Estados excepto en casos como los delineados en las secciones 1605 a 1607 de este capítulo.

En 1983, la Corte Suprema dió un nuevo paso en la perspectiva restrictiva, al fallar en el sentido que un demandante extranjero puede demandar a un soberano extranjero en cortes estadounidenses al amparo del *FSIA*, en tanto las disposiciones sustantivas del *FSIA* sean cumplidas. Tal fue el caso *Verlinden v. Central Bank of Nigeria*<sup>14</sup>.

De consiguiente, bajo la *FSIA*, la inmunidad jurisdiccional conferida a un estado extranjero no es extensiva a los actos comerciales que éste o sus agencias realicen. La *FSIA* define el término actividad comercial como: «un curso de conducta comercial regular o como una transacción comercial particular o definida»<sup>15</sup>. La *FSIA* orienta a las cortes en la determinación del carácter comercial de una actividad teniendo como marco de referencia su **naturaleza** y no su **propósito**. En el caso que una actividad comercial se realice fuera del territorio de los Estados Unidos, puede restringirse el privilegio de inmunidad solamente si dicha actividad tiene un efecto directo en los Estados Unidos. Por ende, la noción de «efectos directos» recogida en la *FSIA* determina que los estados extranjeros que efectúen una actividad comercial fuera de los Estados Unidos pero causando un efecto directo dentro del territorio de éste, quedan sujetos a la jurisdicción de las cortes estadounidenses<sup>16</sup>.

Sin embargo, se carece de definiciones precisas y universalmente aceptadas del término «efecto directo». La *FSIA* no lo define con exactitud<sup>17</sup>. A su vez, las cortes han elaborado diferentes definiciones<sup>18</sup>. La Corte del Segundo Circuito ha requerido que un daño fuera suficientemente directo y suficiente dentro del territorio estadounidense<sup>19</sup>. Otras Cortes de Circuito han requerido que el «efecto directo» sea tanto sustancial como previsible<sup>20</sup>. Pero otras cortes requieren de efectos sustanciales, directos y previsible dentro de los Estados Unidos, anteriores a la existencia de un «efecto directo»<sup>21</sup>. Otras requieren un efecto directo, sustancial, previsible, y no casual; además de ser legalmente significativo mas allá de una simple pérdida comercial<sup>22</sup>. A causa de la falta de uniformidad entre las varias Cortes de Circuito, las determinaciones jurisprudenciales de inmunidad se han caracterizado por su poca consistencia.

---

La *FSIA* define el concepto de estados extranjeros, incluyendo entidades políticas y subdivisiones de los estados extranjeros y sus agencias.

14 Las cortes de los Estados Unidos admiten consideraciones de reciprocidad y cortesía como razones válidas para sostener el reconocimiento de inmunidad soberana. *Verlinden B.V. v. Central Bank of Nigeria*, 461 U.S. 480, 486 (1983).

15 Remitirse a la nota 3.

16 La Sección 18 del Restatement Segundo de la Ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos prevé lo siguiente:

(a) la conducta y sus efectos son reconocidos generalmente como elementos constitutivos de un crimen o un *tort* bajo la ley de aquellos estados que han desarrollado razonablemente sus sistemas legales; o, (b)(i) la conducta y sus efectos son elementos constitutivos de la actividad a la cual la regla aplica; (ii) el efecto dentro del territorio es sustancial; (iii) ocurre como un resultado directo y previsible fuera del territorio; y, (iv) la regla no es inconsistente con los principios de justicia generalmente reconocidos por los estados que hayan razonablemente desarrollado sus sistemas legales».

17 *Idem*.

18 *Idem*.

19 *Idem*.

20 *Idem*.

21 *Idem*.

22 *Idem*.

El Congreso tampoco definió el término «efecto directo» al discutir la aprobación de la *FSIA*. Sin embargo, las actas del debate parlamentario sobre esta ley arrojan cierta luz. Estas señalan que el ejercicio de jurisdicción debe ser consistente con los principios establecidos en la Sección 18 del Restatement Segundo de la Ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos. La Sección 18 esencialmente establece que el efecto de la actividad dentro del territorio debe ser sustancial y previsible<sup>23</sup>.

Otros casos, como está ejemplificado en el *Texas Trading and Milling Corp.*<sup>24</sup>, descalifican la referencia del Congreso a la Sección 18 del Restatement Segundo como «un tanto inaplicable ya que tal texto está referido al grado en que la ley sustantiva de los Estados Unidos puede ser aplicada respecto de actos ejecutados en el extranjero, lo cual no es en puridad ejercicio jurisdiccional extraterritorial por parte de las cortes estadounidenses»<sup>25</sup>. La Corte del Segundo Circuito formuló su propio análisis sobre lo que debe entenderse por «efectos directos». La Corte sostuvo que, en concordancia con el lenguaje llano y los amplios propósitos de la *FSIA*, la cuestión fundamental debiera ser el determinar si el efecto sería suficientemente directo, y suficientemente significativo dentro de los Estados Unidos, como para que el Congreso hubiese querido adjudicar la controversia. Por tanto, las cortes poseen gran libertad para determinar qué actividades son de carácter comercial.

No ha sido infrecuente que las cortes lleguen a conclusiones completamente discrepantes sobre la naturaleza de un acto comercial en situaciones que no merecen ninguna distinción lógica. Un grupo de casos ilustra este punto. En *de Sanchez v. Banco Central de Nicaragua*<sup>26</sup>, se decidió que la emisión de cheques por un banco central actuando en representación de un banco comercial constituye una actividad gubernamental y no comercial, por ende protegida bajo la inmunidad conferida al estado de Nicaragua<sup>27</sup>. Contrariamente, otra Corte llegó a una conclusión diferente en el caso relativo a la contratación de una imprenta por parte de una agencia del gobierno mexicano para publicar una serie de tratados sobre México, calificándola como una actividad comercial<sup>28</sup>.

#### 4. LA *FSIA* Y LA DOCTRINA DE FORUM NON CONVENIENS

Antes de analizar la excepción comercial contenida en la *FSIA*, cabe hacer breve referencia sobre la Doctrina de *Forum non Conveniens*. Esta permite a los tribunales de Estados Unidos el declinar para sí, o negar a otro tribunal, el ejercicio de jurisdicción, si dicho foro resulta seriamente inconveniente y si existiese un tribunal alternativo más adecuado. A pesar que la Doctrina de *Forum non Conveniens* no posee ningún fundamento constitucional, ella ha sido reafirmada en repetidas ocasiones en las cortes de Estados Unidos.

---

23 Sección 18 del Restatement Segundo de la Ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos (1965).

24 *Texas Trading & Milling Corp. v. Federal Republic of Nigeria*, 647 F.2d 300, 313 (2d Cir. 1981) (sosteniendo jurisdicción bajo la *FSIA*).

25 Referirse al Restatement Segundo de la Ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos (1965).

26 497 F. Supp. 893, 904 (S.D.N.Y. 1980)

27 *Idem*.

28 *Republic of Mexico v. Hoffman*, 324 U.S. 30, 35-36 (1945) (declarando que las determinaciones en cuanto a inmunidad son cuestiones políticas las cuales requieren de la deferencia de la rama ejecutiva).

Tal Doctrina limita por ende el alcance de jurisdicción sobre la persona demandada. Alternamente, puede ser vista como una doctrina que facilita la expansión jurisdiccional de las cortes estadounidenses en casos remotos siempre y cuando el tribunal escogido sea seriamente inconveniente para el demandado.

La Doctrina de *Forum non Conveniens* sirve para rechazar el tribunal que un demandante haya escogido. Aún asumiendo que un caso sea sometido al conocimiento de un tribunal competente, es posible impugnar tal intervención en función del interés calificado del demandado. Resulta claro que el alcance de esta doctrina implica la posibilidad de impugnar la competencia de un tribunal en tanto resulte ser un foro inadecuado, y no meramente por conveniencia del demandado.

La *FSIA* no parece verse afectada por la doctrina de *Forum non Conveniens*. En el caso de préstamos comerciales, contraídos por estados extranjeros o sus agencias, no cabe alegar la doctrina del *Forum non Conveniens*, dada la convergencia de factores localizados dentro de los Estados Unidos, tales como la relevancia de las negociaciones allí realizadas, el lugar de suscripción del contrato, el lugar del desembolso del principal, etc. En la mayoría de casos, previsiblemente existirán demasiados contactos mínimos como para que el demandado pueda radicar con éxito una moción de *Forum non Conveniens*.

Sin embargo, existen casos en los que dicha doctrina ha sido utilizada con éxito. El caso de *Banco Metropolitano v. Desarrollo de Autopistas* ilustra este punto<sup>29</sup>. *Banco* era poseedor de un pagaré girado por una corporación. Dichos documentos estaban denominados en dólares estadounidenses y debían ser pagados en Nueva York. A pesar del hecho que los pagarés contenían una renuncia expresa a la inmunidad jurisdiccional, y por ende aceptaban la competencia de las cortes del estado de Nueva York, el caso fue desestimado por alegación de *Forum non Conveniens*. La corte señaló lo siguiente: «Los pagarés, en puridad, proveen el único enlace (nexus) con Nueva York. No existen pruebas de que testigos, documentos u otro tipo de evidencias esten presentes en Nueva York»<sup>30</sup>.

En ciertos casos se presentan sustanciales problemas prácticos que conspiran contra la aprobación de una moción para declinar competencia invocando la Doctrina de *Forum non Conveniens*. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se trata de un proceso compulsorio que requiere la concurrencia de las partes al tribunal.

Desde el caso *Banco*, se han creado nuevas reglas que no solamente proveen renuncias de inmunidad pero que además estipulan que el prestatario también es capaz de renunciar a cualquier alegación de *Forum non Conveniens*. La eficacia de estas estipulaciones no parece haber sido sometida aún al escrutinio judicial.

## 5. LA EXCEPCION DE ACTIVIDAD COMERCIAL EN LA *FSIA*

Bajo la *FSIA*, una corte estadounidense puede negar la extensión de la inmunidad jurisdiccional a los actos de índole comercial realizados por un estado extranjero, si aqué-

---

29 877 F.2d 793, 799 (9th Cir. 1989).

30 *Idem*.

llos poseen un lazo (nexus) con los Estados Unidos. Sin duda, la estipulación mas importante dentro de la *FSIA* resulta ser la sección 1605 (a)(2) sobre la actividad comercial (versión del *jus gestionis* abordado en la *Carta Tate* y en el caso *Victory Transport*). La excepción de actividad comercial aparece codificada en dicha sección, bajo los siguientes términos:

(a) Un estado extranjero no será inmune de la jurisdicción de las cortes de los Estados Unidos o de sus Estados en cualquier caso (2) en que la demanda se fundamente en una actividad comercial llevada a cabo en los Estados Unidos por un estado extranjero; o por un acto realizado en los Estados Unidos que tenga relación con alguna actividad comercial del estado extranjero llevada a cabo en cualquier otra parte; o por una acción llevada a cabo fuera del territorio de los Estados Unidos pero en conexión con una actividad comercial del estado extranjero llevada a cabo en cualquier otra parte que cause un efecto directo en los Estados Unidos»<sup>31</sup>.

Esta sección abarca tres situaciones en las cuales una corte puede considerar reclamaciones basadas en la actividad comercial de un estado extranjero. La primera cláusula fue utilizada en un caso relativo al pago de ciertos pagarés emitidos en Bolivia y vendidos a un agente en los Estados Unidos, y a su vez también fue utilizado en casos concernientes a certificados de deposito expedidos por bancos centrales extranjeros.

La segunda cláusula fue invocada en el caso *Schmidt v. Polish People's Republic*, relativo a una demanda contra el gobierno de Polonia para recobrar el pago de notas del tesoro expedidas con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial<sup>32</sup>.

La tercera cláusula contiene el principio de «efectos directos», y fue invocada en la decisión del caso de *Weltover, Inc. v. Republic of Argentina*<sup>33</sup>. A pesar que, como ya hemos anotado, el término «efecto directo» no aparece definido en la *FSIA*, la Corte Suprema decidió en el mencionado caso que una acción por falta de pago causa un efecto directo en los Estados Unidos. Un efecto es directo si el mismo transcurre como una consecuencia de la actividad del demandado, anotó la Corte Suprema. La Corte también aclaró que la determinación de lo que constituye un efecto directo es independiente de el lazo o conexión del demandante, o su falta de vínculos con los Estados Unidos. Por tanto, los tribunales estadounidenses son competentes siempre que un efecto directo ocurra en los Estados Unidos como resultado de la falta de pago de una deuda pagadera allí.

Bajo la *FSIA*, una actividad comercial puede tomar la forma de una conducta regular siempre y cuando la naturaleza de la transacción sea el factor determinante, y no su propósito. Por lo tanto, las actividades de naturaleza comercial llevadas a cabo por estados extranjeros no califican como actos soberanos dentro de las pautas establecidas por la *FSIA*<sup>34</sup>.

---

31 La Sección 1602 de la *FSIA* prevé que: «El Congreso encuentra que la determinación de las cortes de los Estados Unidos en cuanto a reclamos relacionados a la inmunidad de los estados extranjeros, servirá los intereses de la justicia. Las reclamaciones de los estados extranjeros en cuanto a inmunidad por tanto, han de ser decididas por las cortes de los Estados Unidos y de sus estados». 28 U.S.C. s 1602 (1988).

32 893 F.2d 8, 11 (2d Cir. 1989).

33 112 S. Ct. at 2163.

34 *West v. Multibanco Comermex*, 807 F.2d 820 (1987).

Las acciones caracterizadas como actos no amparados por la inmunidad jurisdiccional incluyen situaciones tales como: el otorgamiento y la suspensión de una licencia que permite exportar un recurso natural (*MOL, Inc. v. People's Republic of Bangladesh*)<sup>35</sup>; la negligencia de un fabricante de aviones que causó que uno de los aviones se estrellara en el extranjero, causándole la muerte al piloto estadounidense, lo que no produjo un efecto directo dentro de los Estados Unidos (*Australian Gov't Aircraft Factories v. Lynne*)<sup>36</sup>; y, la supervisión del personal y el edificio para una organización internacional de la salud (*Tuck v. Pan American Health Organization*)<sup>37</sup>.

El tipo de actividades que han sido caracterizadas por las cortes norteamericanas como de índole comercial incluyen: la compra de cemento (*Verlinden B.V. v. Central Bank of Nigeria*)<sup>38</sup> y, la emisión de cartas de crédito (*Texas Trading & Milling Corp. v. Federal Republic of Nigeria*)<sup>39</sup>.

## 6. CARACTERIZACION DE LAS DEUDAS PUBLICAS DE LOS ESTADOS SOBERANOS

Las Cortes de Distrito han carecido de uniformidad en sus decisiones al calificar la naturaleza comercial de ciertos actos practicados por estados extranjeros. De la misma forma, las Cortes Federales han emitido fallos en los que se da una interpretación variada sobre la materia. La sección 1605(a)(2) de la *FSIA* deja el crítico término de *actividad comercial* indefinido<sup>40</sup>.

En el caso específico de «deudas públicas de un estado extranjero», éstas no deben ser tratadas de manera diferente a los préstamos concedidos en favor de otras entidades públicas, y deben ser consideradas como actos de naturaleza comercial para fines de la *FSIA*. Así ha sido establecido en casos sobre: (1) bonos expedidos por el gobierno Imperial Ruso y por Checoslovaquia; (2) notas del tesoro puestas en circulación por Polonia y Bolivia, respectivamente; y, (3) pagarés o certificados de depósito expedidos por bancos que son propiedad del gobierno o han sido nacionalizados.

El precedente *Weltover, Inc. v. Republic of Argentina*

El fallo más reciente de la Corte Suprema, *Weltover, Inc. v. Republic of Argentina*<sup>41</sup>, provee respuestas más claras en relación a la caracterización de deudas públicas de estados extranjeros como un ejemplo de actividad comercial. En dicho caso, la Corte Suprema consideró la cuestión de si la reprogramación unilateral del pago de bonos pagaderos en Estados Unidos a corporaciones extranjeras por un estado foráneo sometía a éste a la jurisdicción de los tribunales estadounidenses<sup>42</sup>.

35 736 F.2d 1326 (9th Cir. 1984).

36 734 F.2d 672 (9th Cir. 1984).

37 234 F.2d 547 (D.C. Cir. 1987).

38 461 US 480 (1981).

39 647 F.2d 300 (2d Cir. 1981).

40 Remitirse a la nota n° 3.

41 112 S. Ct. at 2163-64.

42 La República Argentina y su Banco Central son considerados como estados extranjeros bajo los términos de la *FSIA*. La Sección 1603 de la *FSIA* incluye dentro de la definición de estado extranjero a cualquier

En 1982, el gobierno de Argentina y su Banco Central (colectivamente *Argentina*) exigieron los *Bonods* (bonos a acreedores extranjeros)<sup>43</sup>. Los términos de los bonos estipulaban que *Argentina* pagaría en dólares estadounidenses a los acreedores extranjeros en Nueva York en 1986<sup>44</sup>. Al momento de su vencimiento, Argentina presentaba escasez de reservas internacionales como para redimir los bonos.<sup>45</sup> Ante ello, *Argentina* procedió a prorrogar unilateralmente el plazo de maduración de éstos y circuló instrumentos sustitutorios entre los tenedores<sup>46</sup>.

Dos corporaciones panameñas y un banco suizo (colectivamente *Weltover*), titulares y poseedores de bonos argentinos por el importe de US\$ 1'320,000, se negaron a aceptar los instrumentos sustitutorios, insistiendo en recibir el pago completo del saldo en Nueva York, como estaba estipulado en los instrumentos originales<sup>47</sup>. *Argentina* no realizó el pago y *Weltover* inició una acción por incumplimiento de contrato en la Corte de Distrito Sur de Estados Unidos, en New York, invocando la *FSIA*<sup>48</sup>. *Argentina* intentó que la acción fuera desestimada alegando falta de jurisdicción personal en la materia, ya que en su opinión la falta de pago no causó un efecto suficientemente directo dentro de los Estados Unidos<sup>49</sup>. La Corte concluyó que la acción de no pagar causó un efecto directo suficiente

---

subdivisión política suya, agencia o ente instrumental de ese estado extranjero que sea una persona jurídica o corporación separada y que sea un órgano del estado extranjero ó una subdivisión política del mismo. 28 U.S.C. s 1603 (1988).

- 43 Argentina emitió los *Bonods* ya que la moneda nacional no era un medio de intercambio aceptable en el mercado internacional. *Weltover, Inc. v. Republic of Argentina*, 941 F.2d 145, 147 (2d Cir. 1991), *aff'd*, 112 S. Ct. 2160 (1992). Como resultado, los prestamistas argentinos debían utilizar divisas en dólares americanos u otras divisas internacionalmente aceptadas cuando los mismos participaban en transacciones comerciales. Sin embargo, desde los albores de la década de los '80, los prestamistas argentinos experimentaron dificultades obteniendo dichos fondos a causa de la inestabilidad de la moneda argentina.
- 44 En un intento para estabilizar su moneda, y para proveer a sus prestatarios domésticos una cantidad para obtener divisas extranjeras, el Gobierno de Argentina creó un programa para alentar la participación de los prestatarios domésticos en diversas transacciones internacionales mediante la venta de dólares americanos a cambio de la divisa local. 112 S. Ct. at 2163. Un programa contractual de seguro cambiario logró este objetivo. Bajo este programa, los prestatarios domésticos le pagaban al estado de Argentina una cantidad pre-determinada de moneda nacional cuando sus respectivas deudas externas maduraban. El estado de Argentina por consiguiente, proveía a cada prestatario con dólares americanos para que los mismos repagasen sus deudas. Los prestatarios domésticos le pagaron al estado de Argentina un monto basado en el tipo de cambio prevaleciente al momento en que se suscribió el respectivo contrato de seguro cambiario. Esto minimizó el impacto de devaluaciones subsiguientes de la moneda local. El programa no funcionó y para 1982, el país se encontraba frente a una situación de insuficiencia de reservas internacionales para poder cumplir con sus obligaciones. 112 S. Ct. at 2163.
- 45 112 S. Ct. at 2164.
- 46 Bajo los términos de los bonos, los acreedores podían recibir pago en los mercados de Nueva York, Londres, Frankfurt, o Zurich. Argentina le otorgó a cada acreedor la opción de entrar en un contrato directo con Argentina al aceptar los bonos como satisfacción de la deuda original, o el mantener la relación inicial de deudor/acreedor con el inversionista doméstico y aceptando a Argentina como garante de la deuda original. Bajo las leyes cambiarias argentinas, sólo el gobierno argentino podía pagar a los acreedores extranjeros en dólares americanos. *Weltover, Inc. v. Republic of Argentina*, 753 F. Supp. 1201, 1204 (S.D.N.Y. 1991), *aff'd*, 941 F.2d 145 (2d Cir. 1991), *aff'd*, 112 S. Ct. 2160 (1992).
- 47 *Weltover*, una corporación panameña, poseía como titular *Bonods* por la suma de \$900,000. *Weltover, Inc. v. Republic of Argentina*, 753 F. Supp. 1201, 1203 n.1 (S.D.N.Y. 1991), *aff'd*, 941 F.2d 145 (2d Cir. 1991), *aff'd*, 112 S. Ct. 2160 (1992). Springdale, también una corporación panameña, poseía *Bonods* por la cantidad de \$200,000. Bank Cantrade, un banco suizo, poseía *Bonods* por el monto de \$230,000.
- 48 Inicialmente, Argentina hizo varios pagos con intereses en Nueva York y luego incurrió en falta de pago. *Weltover, Inc. v. Republic of Argentina*, 941 F.2d 145, 148 (2d Cir. 1991), *aff'd*, 112 S. Ct. 2160 (1992).
- 49 *Weltover, Inc. v. Republic of Argentina*, 753 F. Supp. 1201, 1204 (S.D.N.Y. 1991), *aff'd*, 941 F.2d 145 (2d Cir. 1991), *aff'd*, 112 S. Ct. 2160 (1992).

en los Estados Unidos lo cual justificaba su ejercicio de jurisdicción en la materia sobre Argentina, denegando así la moción del demandado<sup>50</sup>. La Corte de Apelaciones del segundo circuito confirmó la decisión de la Corte de Distrito. La Corte Suprema otorgó el certiorari y confirmó a su vez la decisión de la Corte de Apelaciones, basándose en la premisa que la reprogramación del pago de los bonos constituía un acto conexo a una actividad comercial que tenía un efecto directo suficiente como para someter a Argentina a la jurisdicción estadounidense bajo las disposiciones de la *FSIA* <sup>51</sup>.

En su análisis, la Corte Suprema primeramente determinó que cuando un estado extranjero actúa como sujeto privado en el mercado, sus actos constituyen una actividad comercial<sup>52</sup>. La Corte concluyó además, que cuando un estado extranjero se involucra en actividades de índole comercial fuera de los Estados Unidos, y, los Estados Unidos es designado como el lugar en que dicho estado debe dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales finales, el incumplimiento de dichas obligaciones causa un efecto directo en los Estados Unidos<sup>53</sup>. Al determinar la existencia de un efecto directo, la Corte desestimó la necesidad de analizar si dicho efecto era sustancial o previsible, como sí lo habían hecho cortes menores, y constató que para que un efecto sea directo el mismo debe ser resultado o consecuencia de la actividad del demandado<sup>54</sup>.

En *Weltover*, la Corte Suprema prestó especial atención a la caracterización comercial, y expresó: «Ya que la *FSIA* ha establecido claramente que la 'naturaleza' de la transacción es el factor determinate, nosotros no tenemos fundamento para concluir que la emisión de obligaciones ha de ser tratada en forma categóricamente diferente de otras actividades de estados extranjeros»<sup>55</sup>. La Corte rechazó enfáticamente el criterio de que el propósito que anima la actividad del soberano extranjero debiera en alguna forma ser tomada en consideración al momento de determinar si dicha acción es soberana por naturaleza. «Por más difícil que resulte en ciertos casos separar el 'propósito' (la razón de por qué el estado extranjero se involucra en dicha actividad) de la 'naturaleza' (la forma de conducta que el soberano extranjero utiliza o accede a utilizar), ...la ley ordena de modo inconfundible a que así sea hecho... Resulta irrelevante el por qué Argentina participó en el mercado de bonos en la forma de un actor privado; lo único que importa es que sí lo hizo»<sup>56</sup>.

La Corte determinó que los *Bonods* «eran un surtido silvestre de instrumentos de

---

50 Argentina además trató de defenderse en el caso arguyendo falta de un debido proceso e invocando la Doctrina de Forum non Conveniens, como sostuvo en su moción para anular el caso.

51 La Corte de Distrito concluyó que la expedición de los *Bonods* es un acto de naturaleza comercial que tuvo un efecto directo en los Estados Unidos ya que la falta de pago ocurrió en territorio estadounidense. Además, la Corte señaló que el interés de los Estados Unidos por proteger a personas dentro de sus territorios estaba suficientemente implicado dada la circunstancia que *Weltover* escogió ese país como lugar de pago.

52 *Weltover, Inc. v. Republic of Argentina*, 941 F.2d 145, 153 (2d Cir. 1991), *aff'd*, 112 S. Ct. 2160 (1992). La Corte de Apelaciones determinó que la expedición de los bonos por parte de Argentina fue una transacción de naturaleza comercial la cual tuvo un efecto directo en los Estados Unidos, ya que Nueva York fue el lugar acordado para el cumplimiento del contrato. La Corte basó su determinación parcialmente en una consideración de orden público, que es la de mantener el estatus de Nueva York como plaza líder en el mundo financiero.

53 *Idem*.

54 *Idem*.

55 *Idem*.

56 *Idem*.

deuda en todo aspecto» y que «no existe nada especial o determinate o diferente sobre la distinción que el estado establece sobre la deuda» que pudiera llevar a calificar la misma como soberana<sup>57</sup>. Por ende, los actos de *Argentina* en circular los *Bonods* e incumplir con el pago de sus obligaciones cuando se venció el plazo, fueron calificados como actividades de índole comercial<sup>58</sup>.

En base a tal conclusión, la Corte Suprema procedió a analizar si el enlace jurisdiccional establecido en la *FSIA* había sido cumplido, concentrando el análisis en el lenguaje de «efecto directo» que aparece en la sección 1605(a). La Corte se negó a aceptar cualquier limitación del término «efecto directo» basado en los debates legislativos de la *FSIA*. Un análisis por secciones de la *FSIA* en el Informe de la Cámara de Representantes que acompañaba el proyecto de ley sugería que «al determinar el requisito de efecto directo, las cortes se deben dejar guiar por los principios delineados en la sección 18 del Restatement Segundo de la Ley de Relaciones Exteriores de Estados Unidos (1965)»<sup>59</sup>.

La Sección 18 del Restatement le pone límites a la aplicación extraterritorial de la ley de Estados Unidos a aquellas situaciones donde la conducta en el extranjero de un estado foráneo tiene un efecto sustancial y previsible en los Estados Unidos. Tomando en cuenta que tal Sección regula lo concerniente al ejercicio de jurisdicción legislativa y no adjudicatoria, la Corte rechazó cualquier remisión a tal Sección, para de esta manera mantener el significado directo dentro de la *FSIA*<sup>60</sup>. En su lugar, la Corte Suprema hizo suya la decisión del Segundo Circuito, manteniendo que un efecto es directo cuando resulta «de una consecuencia inmediata de la actividad de los demandados...»<sup>61</sup>.

Por tanto, al aplicar los parámetros anteriormente mencionados, la Corte no tuvo la menor dificultad en encontrar un efecto directo en los Estados Unidos resultante de la incapacidad del estado de *Argentina* para pagar los *Bonods* según los términos contractuales. Ya que Nueva York fue el lugar acordado para ejecutar la redención, el incumplimiento de tal obligación necesariamente produjo un efecto directo en los Estados Unidos, independientemente del hecho que los demandantes eran todas corporaciones extranjeras sin ninguna otra conexión con los Estados Unidos. El efecto directo de acuerdo a la opinión de la Corte Suprema fue de que «no llegó el dinero que debió haber sido enviado para ser depositado en Nueva York»<sup>62</sup>.

La Corte señaló además, que la afirmación de jurisdicción sobre los demandados cumplía a cabalidad con los estándares constitucionales de debido proceso, a pesar que se cuestionó si dichas garantías eran aplicables a una determinación de jurisdicción sobre un

---

57 *Idem.* p. 2166.

58 La Corte Suprema razonó que «los estados extranjeros están participando en actividades de naturaleza comercial cuando realizan el mismo tipo de transacciones comerciales que sujetos privados harían. La Corte además, ilustró este punto señalando que la expedición de disposiciones concernientes a monedas extranjeras es «un acto soberano investido de inmunidad ya que, [en contraste] mientras la compra de botas militares puede ser efectuada por compañías privadas, el estado es el único capaz de tomar este tipo de decisiones en cuanto a monedas extranjeras» 11 S. Ct. en 2166.

59 Restatement Segundo de la Ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos (1965).

60 Foreign Sovereign Immunities Act de 1976, 28 U.S.C. ss 1330, 1602- 1611 (enmendado en 28 U.S.C. ss 1332, 1391, 1441 (1988).

61 112 S. Ct. 2160 (1992).

62 *Idem.* p. 2163.

estado extranjero. Al denominar los *Bonods* en dólares americanos pagaderos en los Estados Unidos y, al nombrar a un agente en Nueva York para que administrara el pago, los demandados fueron reputados como sujetos que voluntariamente se beneficiaron del privilegio de conducir negocios dentro de los Estados Unidos, en conformidad con los requerimientos de debido proceso.<sup>63</sup>

El rechazo de la Corte ante lo que fue denominado un *análisis del propósito del acto justiciado* fue claramente correcto. Sin embargo, la Corte faltó en considerar la naturaleza de al menos uno de los actos que dieron lugar a la reclamación (por ejemplo, el decreto presidencial que extendió el tiempo para saldar los *Bonods*). Por ende, a pesar que la Corte fue cuidadosa al caracterizar el ejercicio de la facultad legislativa por parte de un estado, limitando el intercambio de divisas extranjeras como un acto de naturaleza soberana<sup>64</sup>, la Corte no intentó distinguir dicha facultad del decreto presidencial, el cual tuvo un efecto similar sobre obligaciones que bajo otro supuesto serían de carácter típicamente comercial.

La decisión de la Corte, de que un efecto en los Estados Unidos es directo según el significado delineado en la *FSIA*, siempre y cuando ello surga de una consecuencia inmediata de la actividad llevada a cabo por el estado extranjero en cualquier otra parte, podría ampliar considerablemente la excepción de actividad comercial frente a la invocación de inmunidad soberana. Se podría sostener que cualquier incumplimiento de una obligación contractual por parte de un estado extranjero a ser ejecutada en los Estados Unidos, a pesar de la falta de cualquier otro contacto o transacción entre ese estado extranjero y los Estados Unidos, daría fundamento para afirmar la jurisdicción de tribunales estadounidenses al amparo de la *FSIA*.

Asimismo, la definición dada por la Corte de lo que constituye un efecto directo, plantea la interrogante de si cualquier incumplimiento de una obligación comercial por parte de un estado extranjero en perjuicio de una corporación estadounidense, podría determinar la existencia de jurisdicción sobre el caso en los Estados Unidos, independientemente del lugar de cumplimiento de la misma, bajo la teoría que una corporación sufre los efectos de daño financiero en el lugar de su domicilio o su incorporación.

Este tipo de interpretación tan radical tiende a transformar a los tribunales estadounidenses en cortes internacionales de reclamaciones. Tal resultado sin duda conspira contra el propósito y la utilidad de la *FSIA*, pero facilita la resolución de controversias comerciales específicas que podrían de lo contrario alcanzar a afectar la relación bilateral de los Estados Unidos con el respectivo estado extranjero.

---

63 112 S. Ct. 2160 (1992).