

Eficacia de la responsabilidad del Estado: inmunidad doméstica y extranjera en la ejecución de sentencias y laudos contra entes estatales

Hernando DÍAZ-CANDIA *

Sumario: I. Introducción. II. Definiciones básicas: inmunidad de jurisdicción y de ejecución; inmunidad doméstica y extranjera. III. Situación de las empresas del Estado y otros entes descentralizados. IV. Sentencias judiciales en comparación con laudos arbitrales. V. Derecho occidental romano-germánico. 1. Alemania. 2. Brasil. VI. Derecho occidental anglosajón. 1. Estados Unidos de América. 2. Reino Unido. VII. Derecho de la Federación Rusa. VIII. Derecho islámico. 1. Emiratos Árabes Unidos. 2. Qatar. IX. Derecho hindú. X) Derechos de extremo oriente. 1. China. 2. Japón. XI. Eficacia de la responsabilidad estatal. XII. Conclusiones.

I. Introducción

No somos partidarios de una rígida separación del Derecho de daños o de responsabilidad patrimonial en categorías contractual y extracontractual¹. Tal vez por ello identificamos un punto primordial de coincidencia entre dichas categorías: para que los principios y normas que fundamentan la responsabilidad patrimonial tengan la ca-

* Doctor en Ciencias mención Derecho por la Universidad Central de Venezuela; *Magistri in Legibus* por Harvard Law School; abogado *cum laude* por la Universidad Católica Andrés Bello; autorizado para ejercer la abogacía en Venezuela y en el Estado de Nueva York; árbitro del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, y de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (IACAC). Profesor en el Doctorado en Ciencias mención Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Socio del escritorio WDA legal, S.C. (www.WDAlegal.com).

¹ Algunas tendencias modernas, particularmente en Europa, impulsan una armonización de las normas sobre daños no sólo entre diversos países –en una suerte de transnacionalización o al menos europeización del Derecho privado–, sino también en la formulación de principios comunes y generales de responsabilidad civil, que engloban al Derecho de daños. Cf. M. Martín Casals, “Reflexiones sobre la elaboración de unos principios europeos de responsabilidad civil”, *Libro del II Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, Granada. 2002, pp. 1–20. Cf., también, T. Adrián Hernández, *Los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. Inédito, Caracas, 2005, p.26.

pacidad de lograr el efecto que se desea o se espera, las decisiones jurídicas –sentencias judiciales y laudos arbitrales– referidas a su coercibilidad deben ser susceptibles de ser llevadas a la práctica aun en contra de la voluntad del agente causante del daño o deudor. Eso, que parece simple y obvio, en realidad no lo es en los países de tradición jurídica romano–germánica, especialmente en los que, como Venezuela, recibieron a partir del siglo XIX gran influencia de sistemas de Derecho europeo continentales. Nos referimos, obviamente, al tema del Derecho administrativo sustantivo en lo atinente a la inmunidad de jurisdicción y de ejecución de entes estatales.

Las inmunidades en cuestión no plantean en Venezuela diferencias basadas en el origen contractual o extracontractual de la responsabilidad patrimonial de entes estatales. En cuanto a su ejecución forzosa, es indistinto e intrascendente si una sentencia judicial o un laudo arbitral se refiere a temas contractuales, extracontractuales o mixtos.

Las inmunidades que abordaremos a veces se justifican diciendo que equiparar a los entes estatales en su susceptibilidad de ejecución con personas no estatales de Derecho Privado sería tanto como acabar con el Derecho administrativo. Primero, no vemos eso como cierto y, segundo, debe analizarse si la supuesta equiparación es en realidad negativa o positiva para el Estado de Derecho y el respeto a la ley². Lo cierto, en todo caso, es que para el Derecho administrativo global el tema de la inmunidad soberana es fundamental, pues ésta afecta, en muchos supuestos con incidencia transnacional, la responsabilidad –contractual y extracontractual– de personas o entes gubernamentales, en términos materiales y prácticos³. De nada sirve formular o sistematizar princi-

² Nos resulta paradójico que muchas veces quienes proponen a ultranza el principio de responsabilidad patrimonial del Estado, paralelamente defiendan y expandan, también a ultranza, casi sindicalistamente, el alcance del contencioso–administrativo, donde la Administración goza de mayores beneficios adjetivos, los cuales a menudo rayan en lo sustantivo. Después de todo, debe recordarse que la angular *Arrêt Blanco* emitida en Francia por el Tribunal de Conflictos el 8 de febrero de 1873 reconoció, sí, que la Administración estaba sujeta a la ley, pero dentro de parámetros y en una jurisdicción especial. Cf. texto en francés de la *Arret Blanco* en *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 8^a ed., París, Sirey, 1984, pp. 5 ss.

³ En el contexto internacional se ha definido al Derecho administrativo global como “el que comprende los mecanismos, principios, prácticas y entendimientos sociales subyacentes que promueven o de alguna manera afectan la responsabilidad (*accountability*) de entes administrativos globales, en particular asegurando que éstos satisfagan estándares adecuados de transparencia, participación ciudadana, decisiones razonadas, y legalidad, y promoviendo la revisión efectiva de las reglas y decisiones que aquéllos emiten” (B. Kingsbury, N. Krisch et al, “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, Summer/Autumn, 2005, p. 17; consultado en: <http://iilj.org/GAL/documents/TheEmergenceofGlobalAdministrativeLaw.pdf> en octu-

prios sobre responsabilidad patrimonial si luego la coercibilidad jurídica de ésta es ilusoria y académica. La eficacia de la responsabilidad patrimonial de los entes estatales exige llegar a un punto de equilibrio racional y proporcional en la inmunidad soberana de dichos entes.

La inmunidad soberana de entes estatales puede comprender la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución. Estas no deben ser confundidas, a pesar de estar interrelacionadas. La inmunidad de jurisdicción, cuando se presenta, acarrea e incluye la de ejecución, pero la inmunidad de ejecución puede presentarse aisladamente. La base filosófica general o mediata de la inmunidad soberana es proteger a un gran número de personas —colectivamente consideradas— representadas por una persona estatal; en otras palabras, en el volátil concepto del interés público. En este trabajo trataremos de descifrar principios o ideas fundamentales, que trasciendan fronteras territoriales, al regir el pensamiento o la conducta en cuanto a la inmunidad de entes estatales.

Buscaremos puntos de coincidencia entre las fuentes de Derecho, para tratar de alcanzar definiciones que no sean extremas ni excesivas, es decir, que sean conocidas por la mayoría de la comunidad jurídica dedicada al Derecho administrativo sustantivo. A tal efecto, se buscará el mínimo grado de variación para identificar el denominador común compartido por los fundamentos y orígenes legales. Estudiaremos algunas normas de Derecho positivo, pero nuestro enfoque, sin embargo, está influenciado por un ius–naturalismo moderado combinado con historicismo⁴, que no solo atiende a las fuentes formales del Derecho para definir las reglas relevantes en la materia, sino también a su mérito, es decir, a lo que hace que dichas reglas tengan un verdadero valor práctico.

Siguiendo la clasificación de sistemas legales propuesta por el profesor René David sobre la base de las ideologías que los inspiran, analizaremos ejemplos en cada uno de los siguientes grupos: Derecho Occidental (*Western Laws*), subdividido en romano–germánico y anglosajón; Derecho soviético; Derecho islámico; Derecho hindú, y Derecho

bre de 2011; traducción libre). Para nosotros, el Derecho administrativo global se refiere precisamente a la acepción de “global” relacionada con el planeta o globo terráqueo, tratando de descifrar elementos iguales, conformes o semejantes entre disciplinas de Derecho Administrativo usualmente estudiadas con límites nacionales.

⁴ Para contextualizar las definiciones de ius–naturalismo, positivismo y formalismo, cf. M.L. Tosta, “La Filosofía del Derecho y la doctrina venezolana”, *Ensayos de Filosofía del Derecho*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005, pp. 6–22. En este trabajo la profesora Tosta explica la evolución de la doctrina jurídica venezolana en los períodos clásico y contemporáneo.

chino⁵. No hemos realizado una investigación exhaustiva a nivel mundial, sino que escogimos varias jurisdicciones por su relevancia cualitativa; por lo tanto, este trabajo no pretende tener proyección estadística ya que no hemos analizado grandes conjuntos de datos cuantitativos para obtener inferencias basadas en el cálculo de probabilidades⁶.

Hasta donde hemos podido investigar con diligencia razonable, las disposiciones de Derecho positivo que citaremos se encuentran vigentes al momento de escribir este trabajo. Sin embargo, no se recomienda confiar en dicha vigencia con base en este trabajo. Reiteramos que no es nuestro objetivo principal describir el estado actual o vigor de normas en sentido formal, sino tomar éstas como base para descifrar, por deducción e incluso por inducción, principios comunes sobre inmunidad de entes gubernamentales. En el análisis sobre inmunidad de jurisdicción y de ejecución –nacional y extranjera– debe prestarse particular atención a decisiones judiciales que hayan interpretado o aplicados leyes formales o principios generales sobre la materia, pues, de manera uniforme, es al Poder Judicial a quien corresponde dirigir la ejecución forzosa de sentencias judiciales y laudos arbitrales.

II. Definiciones básicas: inmunidad de jurisdicción y de ejecución; inmunidad doméstica y extranjera

La inmunidad de jurisdicción exime a ciertas personas jurídicas del poder de juzgamiento de autoridades gubernamentales o arbitrales. Conforme a la referida inmunidad, los entes estatales están exentos de juicios, investigaciones, oficios, cargos, gravámenes (preventivos o definitivos) o penas. La inmunidad de jurisdicción se refiere a impedir –de raíz– procedimientos o juicios cognoscitivos –judiciales o arbitrales– que pretendan dar certeza o tutelar un derecho contra el ente inmune.

La inmunidad de ejecución, en cambio, se refiere a la exención o impedimento del traslado forzoso, contra la voluntad de la persona ejecutada, de las órdenes contenidas en sentencias judiciales o en laudos

⁵ Cf. en general, R. David: *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, París, LGDJ, 1950, pp. 10–82.

⁶ Dentro de los grupos esbozados por el profesor René David preferimos y seleccionamos, por su relevancia cualitativa en la economía mundial a principios del siglo XXI (aunque debemos admitir que con relativo capricho y arbitrariedad), a: Alemania, Brasil, Estados Unidos de América, Reino Unido, Rusia, Emiratos Árabes Unidos, Qatar, India, China y Japón. Desde un punto de vista geográfico, nuestra selección falla en no incluir jurisdicciones en África ni Oceanía.

arbitrales, al ámbito de lo material. Ejecutar es reconocer fuerza coactiva, y verdadera eficacia práctica y material, a un mandamiento judicial o arbitral; es hacer que el ámbito fáctico se corresponda de manera ineludible con las órdenes jurídicas, pudiendo usarse para ello inclusive la fuerza policial (en sentido amplio) si es necesario. La inmunidad de ejecución impide llevar a la práctica órdenes judiciales o de tribunales de arbitraje de manera forzosa, sin el consentimiento del propietario de los bienes cuya ejecución se pretende. Para analizar la inmunidad de jurisdicción debe revisarse la naturaleza de la actividad (relacionada con el reclamo o demanda) que el ente gubernamental desarrolla. En cambio, lo relevante para la inmunidad de ejecución es el origen, uso o propósito de los bienes cuya ejecución se pretende.

La inmunidad soberana puede descomponerse o segregarse, además de en inmunidad de jurisdicción y de ejecución, en inmunidad doméstica e inmunidad extranjera. La inmunidad soberana doméstica se refiere a la de entes que tengan la misma nacionalidad del tribunal (judicial o arbitral) que estaría encargado de emitir una sentencia o laudo y, a la vez, del tribunal encargado de ejecutar dicha sentencia o laudo. La inmunidad soberana extranjera, en cambio, se contrae a la de un ente que tenga presencia jurídica, actividades o bienes en un país, pero que, sin embargo, no tiene la nacionalidad de dicho país y, por tanto, tampoco la de los tribunales que en éste estén encargados de ejecutar forzosamente sentencias o laudos en contra del ente.

Pueden diferenciarse conceptualmente, según lo anterior, cuatro tipos de inmunidad soberana: (i) inmunidad soberana doméstica de jurisdicción; (ii) inmunidad soberana doméstica de ejecución; (iii) inmunidad soberana extranjera de jurisdicción; y (iv) inmunidad soberana extranjera de ejecución. En el sistema occidental anglosajón, la inmunidad soberana doméstica tiende a denominarse “inmunidad gubernamental” o “inmunidad estatal”, pareciendo reservarse el adjetivo de “soberana” para la inmunidad extranjera⁷.

En la manifestación transnacional de la inmunidad soberana, que atiende a la facultad de un tribunal para juzgar o ejecutar bienes de entes públicos extranjeros, se involucra el concepto de *comity*, bajo el cual las autoridades de una jurisdicción deben extender ciertas corte-

⁷ La inmunidad de jurisdicción y de ejecución en materia diplomática constituye un antecedente importante de la inmunidad soberana, y fue codificada en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961 (con vigencia a partir de 1964), que, en general, se considera sistematizadora del Derecho consuetudinario internacional. Pudo consultarse en <http://www.oas.org/legal/spanish/documentos/convencionviena.htm> en noviembre de 2011.

sías o deferencias legales a las autoridades de otros países, y a la idea de que los tribunales judiciales no deben interferir con las leyes y sentencias extranjeras, salvo en supuestos excepcionales. En cuanto a su fundamentación histórica, se hace referencia al axioma *par in parem imperium non habet* –nadie tiene potestad sobre su igual–.

Se dice que históricamente existió, en principio, una inmunidad absoluta o clásica, pero que el transcurso del tiempo aligeró o matizó el asunto, pasando a permitirse ciertas excepciones⁸. El Convenio de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, adoptado por la Asamblea General de esa organización en diciembre de 2004⁹, sistematiza principios generales en materia de inmunidad soberana extranjera, tanto de jurisdicción como de ejecución, pero no es, hasta hoy, jurídicamente vinculante sino meramente persuasivo en las jurisdicciones que hemos investigado. Dicho instrumento acoge el principio de inmunidad restringida y no absoluta, y es menos protector de los Estados que la Convención europea sobre inmunidad estatal de 1972 (aunque ésta última refleja varias excepciones al privilegio de inmunidad en materia contractual, laboral, mercantil, propiedad intelectual y responsabilidad civil)¹⁰.

Así las cosas, en materia transnacional se presenta un conflicto o tensión entre, por una parte, la limitación de los poderes judiciales nacionales en relaciones internacionales y, por la otra parte, el derecho de partes privadas de acceder a la justicia y obtener soluciones efectivas en sus conflictos con Estados extranjeros. Para lidiar con ese conflicto o tensión y tratar de establecer un balance, algunos países han adoptado leyes formales sobre inmunidad soberana. Esas leyes son nacionales, internas o domésticas en su origen y vigencia territorial y tratan, en específico, la inmunidad (de jurisdicción y de ejecución) de entes extranjeros y no la de entes públicos con respecto a los cuales no exista diversidad de nacionalidad.

Las leyes sobre inmunidad soberana extranjera establecen excepciones bastante significativas a la inmunidad, que normalmente permiten jurisdicción en disputas que no conciernan el *ius imperium* y la

⁸ Cf. R. López-Velarde, “Algunas consideraciones en materia de inmunidad soberana a la luz del Derecho positivo norteamericano”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n° 21, México, 1992, p. 294.

⁹ UN General Assembly, United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2 December 2004, A/RES/59/38, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4280737b4.html>, consultada el 02 de diciembre de 2011.

¹⁰ Consultada en <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/074.htm> en noviembre de 2011.

ejecución de bienes afectados a actividades *iure gestionis*, entre ellas las estrictamente comerciales o equiparables a las que desarrollan particulares privados. Muchas leyes prevén la posibilidad de renunciar a la inmunidad soberana de jurisdicción y de ejecución, inclusive por adelantado, es decir, al celebrarse un contrato o transacción pero antes de surgir una disputa o conflicto legal, independientemente del involucramiento o ausencia de *ius imperium*.

El análisis con respecto a la inmunidad soberana de entes nacionales o domésticos, centralizados y descentralizados, por su parte, se concentra en la inmunidad de ejecución. En el ámbito nacional o doméstico, la inmunidad de jurisdicción se ha superado de manera universal en su expresión orgánica o personal, es decir, no existen personas jurídicas inmunes de por sí a la jurisdicción judicial o arbitral. Pueden quedar ciertas parcelas que, con base en criterios materiales –y no orgánicos–, excluyan algunas controversias o aspectos de actos formales, pero no a personas, del control judicial o arbitral¹¹. En otras palabras, contemporáneamente no existe –hasta donde hemos investigado– la inmunidad soberana doméstica de jurisdicción.

III. Situación de las empresas del Estado y otros entes descentralizados

Los entes u órganos del Estado que tienen personalidad jurídica independiente del órgano político–territorial central o principal (república, nación, reino, estado, etc.) cuya nacionalidad comparten representan una situación particular en cuanto a la inmunidad soberana. Entre dichos entes pueden contarse empresas (sociedades mercantiles) del Estado, institutos autónomos, fundaciones, bancos centrales y otras formas jurídicas de Derecho público o de Derecho privado que son “instrumentalidades” del Estado¹².

¹¹ Puede consultarse, v.gr., el tema de la doctrina de la deferencia con respecto a facultades discrecionales de la Administración Pública, así como lo referente al control judicial de asuntos políticos (cf. L. Parejo Alfonso, *Administrar y juzgar: Dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993; cf., también: A. Bianchi, “El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia”, *El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI, Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, t. II, Madrid, Civitas, 2003, pp. 2265–2307). Tales temas, sin embargo, escapan del objeto de este trabajo.

¹² En este contexto, instrumentalidades (derivado del inglés *instrumentality*, y cuya más correcta traslación al castellano puede ser instrumento) equivale al conjunto de diversas personas que son combinadas para que sirva con determinado objeto en el ejercicio de los fines que una constitución ha previsto para el Estado soberano relevante. El Estado

Estos entes deben ser analizados en cada caso, para establecer su grado de separación jurídica y fáctica –autonomía– con respecto al Estado central en cuanto a su creación, funciones, competencias y actividades. El principio general en dicho tema es que los entes descentralizados gozan de inmunidad soberana extranjera si y en cuanto desempeñan actividades soberanas. La Ley de Inmunidad Soberana Extranjera de los EE UU de 1976 establece en su sección (artículo) 1610 que los bienes de una agencia o instrumento del Estado que desempeñe actividades comerciales están sujetos a ejecución si el reclamo o demanda se relaciona con actividades no protegidas por inmunidad soberana. Dicha ley estadounidense requiere una conexión entre los bienes a ser ejecutados y la actividad no soberana relacionada con el reclamo o demanda.

A nivel internacional, en todo caso, se tiende a respetar la separación de personalidad y patrimonio de los entes o instrumentos descentralizados, de modo que la ejecución se contrae a bienes cuyo propietario formal sea el ente ejecutado, no permitiéndose ejecución contra el ente por condenas contra el Estado central¹³. En general, se considera o al menos se presume que si un ente descentralizado realiza actividades comerciales, sus bienes se utilizan para dichas actividades sin *ius imperium*¹⁴. Pareciera existir respeto por una potencial prohibición de mezclar fondos o bienes soberanos con fondos comerciales¹⁵.

tiene interés y es responsable por esas personas, que formalmente gozan de personalidad jurídica propia, es decir, son entes descentralizados de carácter estatal. En Derecho comparado, el concepto de *instrumentalities* parece haberse derivado de lo que en Francia se denominaron *émanations de l'Etat* en varios casos sobre nacionalizaciones en la década de 1970–1979. Cf. en francés: P.–M. Dupuy, *Les émanations engagent-elles la responsabilité des Etats? Etude de droit international des investissements*, citado como: EUI Working Paper LAW n.º 2006/7. Consultado en: <http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/4294/1/LAW%202006-07.pdf> en julio de 2010.

¹³ *Vid.*, sentencia del caso *Isabel Letelier et al. vs. Republic of Chile and Línea Aérea Nacional*, emitida por la *United States Court of Appeals for the Second Circuit* el 20 de noviembre de 1984, citado como 748 F.2d 790, ó 53 USLW 2286.

¹⁴ Una decisión seminal en esta material la constituye la emitida por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (*Bundesverfassungsgericht*) el 12 de abril de 1983 en el caso *National Iranian Oil Company*, cuya cita oficial es: VerfGE 64. En dicho caso se permitió un embargo de fondos, prestando atención al origen más que al destino de éstos.

¹⁵ C.H. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge, Grotious, 1988, p. 143.

IV. Sentencias judiciales en comparación con laudos arbitrales

Es importante sentar como premisa que, a efectos de este trabajo, las sentencias judiciales son equiparables a laudos arbitrales en tanto que ambos tipos de decisiones requieren, de una u otra forma, la intervención de un tribunal judicial con jurisdicción y competencia territorial sobre los bienes o activos que se persiguen para ser ejecutados. Es decir, de tribunales judiciales del lugar de la ejecución de medidas preventivas o definitivas. A esos tribunales puede llegarse por vía principal, cuando el tribunal de ejecución es a su vez el tribunal de la causa, o, alternativamente, por delegación (en sentido lato e impropio) o comisión. La delegación o comisión puede ser nacional o internacional; y específica (para un caso concreto) o genérica (por disposición de una norma legal que permita acudir al tribunal de ejecución sin mediar un oficio dirigido a éste por otra autoridad). La delegación o comisión internacional puede o no requerir de exhortos rogatorios o consulares; o, en otros supuestos, de procedimientos de exequátur¹⁶.

Algunas convenciones internacionales como la Convención de Panamá (Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional de 1976) y la Convención de Nueva York (Convención de las Naciones Unidas sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958) colocan a los laudos arbitrales en mejor situación que a las sentencias judiciales extranjeras, al no requerir aquéllos de un procedimiento de exequátur. Inclusive algunas leyes domésticas, como la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela disponen el reconocimiento de los laudos arbitrales dictados por tribunales arbitrales extranjeros en cualquier país —independientemente de que éste haya ratificado o no alguna de las convenciones sobre ejecución de laudos arbitrales extranjeros— siempre que no incurran en una de las causales previstas expresamente para denegar la ejecución forzosa del laudo. Ello asemeja a los laudos arbitrales extranjeros con sentencias emitidas por un tribunal judicial nacional competente.

Sin embargo, tal como señalamos antes, a la hora de llevar a la práctica y trasladar el mundo de lo material, de manera forzosa, sentencias judiciales o laudos arbitrales, siempre se requerirá la intervención de un tribunal judicial con competencia territorial sobre los

¹⁶ El exequátur es un procedimiento de revisión u homologación por un tribunal nacional, usualmente de suprema o al menos alta instancia, requerido para otorgar reconocimiento en un país de las sentencias dictadas por tribunales de otro Estado.

bienes o activos ejecutados. En arbitraje se presenta la particularidad de que el tribunal arbitral no tiene —hasta donde se le reconoce en la actualidad y por ahora— facultades para hacer uso de la fuerza pública en la ejecución forzosa de los laudos arbitrales¹⁷.

A reserva del criterio de verdaderos especialistas en Derecho internacional privado, debe recordarse que, en general, el tribunal judicial con jurisdicción y competencia territorial sobre los bienes o activos que pretendan ejecutarse tenderá naturalmente a aplicar las leyes sustantivas propias de su territorio para determinar la embargabilidad o ejecutabilidad de los bienes o activos. Esa es la guía, además, en el caso del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados¹⁸, que por mandato de su art. 54.3^o dispone que el laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estén en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda. Puede presentarse, así, un desdoblamiento o separación entre las normas que establecen la existencia y validez de la responsabilidad, por una parte, y por la otra las normas relativas a la eficacia práctica (ejecutabilidad) de esa misma responsabilidad.

Siendo los tribunales judiciales los encargados de dirigir la ejecución forzosa de sentencias y laudos arbitrales contra entes gubernamentales, debe destacarse que la confiabilidad de dichos tribunales judiciales del lugar de ejecución —en cuanto a la estabilidad y predictibilidad en la aproximación a las fuentes de Derecho, la institucionalidad en la separación de poderes y la abstracción de asuntos políticos— es un elemento muy trascendental para la operatividad práctica de la inmunidad y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales. A la hora de la verdad, será al hombre (el juez judicial) usando la ley, y no la ley sola, quien deberá ejecutar sentencias y laudos.

La diferencia fundamental de los laudos arbitrales con las sentencias judiciales es que en arbitraje el asunto de la inmunidad de jurisdicción (contrapuesta a la inmunidad de ejecución) debe considerarse salvada o

¹⁷ Debe notarse al respecto es que los laudos arbitrales que puedan ejecutarse sin, o en contra de, la voluntad de las partes pero sin el uso de la fuerza pública, sí pueden ser ejecutados por los tribunales arbitrales. Así ocurriría, *v.gr.*, con un laudo que decreta una medida cautelar de prohibición de enajenar y gravar sobre un bien inmueble y que se ejecute mediante su registro o protocolización ante la oficina de registro inmobiliario competente, mediando un simple oficio del tribunal arbitral. Lo que claramente no pueden hacer los tribunales arbitrales es usar la fuerza pública, por ejemplo para trasladar la posesión de bienes tangibles. Los tribunales arbitrales no pueden comandar ni girar instrucciones a cuerpos militares, de policía u afines con el fin de que éstos usen su vigor y capacidad para mover algo o a alguien que tenga peso o haga resistencia, aplicando el poder físico.

¹⁸ *Vid.*, www.worldbank.org/icsid.

zanjada, pues el arbitraje requiere un consentimiento del ente relevante para el nacimiento de la jurisdicción. Y una vez que el ente gubernamental manifestó su voluntad de someterse a arbitraje, bien sea en una cláusula contenida en un contrato amplio o en un acto de efectos generales, antes de surgir un conflicto o diferencia, o en un compromiso arbitral celebrado con especificidad y posterioridad al nacimiento de una disputa, debe concluirse que el ente ha aceptado sujetarse a la jurisdicción de un tribunal arbitral. Podrá corresponder al tribunal arbitral, con posterioridad, determinar su propia jurisdicción y competencia, y, entre otras cosas, evaluar si la disputa se encuentra cubierta o no por el acuerdo de arbitraje. Sin embargo, el ente gubernamental no podría excusarse o eximirse de manera general de la jurisdicción del tribunal arbitral alegando su inmunidad soberana. El arbitraje representa, así, un supuesto en el que puede apreciarse claramente la separación de la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución.

Veremos, de seguidas, cómo se presenta en la actualidad la inmunidad soberana en varias jurisdicciones con particular importancia cualitativa. La situación de Venezuela no se analiza *infra*, pero se encuentra resumida en la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 21 de octubre de 2008 en el caso: *Jorge Neher y Hernando Díaz Candia*, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 39.055, del lunes 10 de noviembre de 2008. En nuestro criterio, Venezuela es radical e indebidamente protectora del Estado en la inmunidad de ejecución doméstica¹⁹.

V. Derecho occidental romano-germánico

1. Alemania

Alemania es una jurisdicción con una tradición importante en Derecho Administrativo europeo continental²⁰. Existe una jurisdicción especial (con el tribunal *Bundesverwaltungsgericht* en su cúspide), separada de la ordinaria civil, para juzgar o revisar los actos de la ad-

¹⁹ Pudo consultarse en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1582-211008-00-1535.htm> (noviembre de 2011).

²⁰ No corresponde formular aquí con concepto de Derecho administrativo. Baste con recordar que éste, en su acepción europea continental, tuvo su principal exponente en la transición francesa del *ancien regime* al Estado liberal, con impulso vital de la Revolución Francesa en los alrededores de 1789, y de la célebremente conocida decisión Blanco de 1873 (cf. su texto en francés en *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 8^a ed., París, Sirey, 1984, pp. 5 ss). Uno de sus objetos fundamentales es descifrar quién debe juzgar y revisar los actos de la administración pública.

ministración pública. Alemania, como tal, ha estado sujeta a la influencia de normas especiales y distintivas sobre la revisión de actos estatales, responsabilidad del Estado e implementación o ejecución de decisiones judiciales que incidan sobre la administración pública²¹.

El art. 172 del Código de Procedimiento de Cortes Administrativas²² (que son verdaderos tribunales judiciales independientes del Poder Ejecutivo) dispone la forma de ejecutar órdenes judiciales contra la administración pública a través de multas impuestas *ex officio* por hasta 10.000 euros, que pueden ser repetidas y acumulativas. Al ser Alemania un país desarrollado, con un Estado de Derecho muy confiable, las decisiones judiciales contra la administración pública son usualmente respetadas y acatadas voluntariamente.

Las reglas sobre inmunidad soberana están contenidas en las secciones (artículos) 18 al 20 de la Ley de la Judicatura (*Gerichtsverfassungsgesetz*, conocido por su abreviatura GVG). No existe una ley específica en materia de inmunidad soberana extranjera, pero el GVG acoge –por referencia expresa– principios generales de Derecho Internacional Público en esa materia. El art. 25 de la Constitución Alemana (*Grundgesetz*, conocida por su abreviatura GG)²³ dispone que las normas generales de Derecho internacional son parte integral del Derecho federal alemán con prevalencia sobre leyes no constitucionales. No encontramos referencias a la reciprocidad como requisito para reconocer inmunidad soberana extranjera.

El Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*²⁴) emitió una sentencia el 30 de abril de 1963 (caso *Embajada Iraní*) acogiendo la doctrina de inmunidad soberana restringida, señalando que debe reconocerse inmunidad soberana a un Estado extranjero en relación con actos soberanos (*acta iure imperii*), pero no con respecto a actos no soberanos (*acta iure gestionis*)²⁵. Se señaló que la diferenciación entre esos tipos de actos debía ser efectuada bajo la ley nacional alemana.

²¹ Algunos autores señalan que el Derecho administrativo alemán (en el que existe la noción de acto administrativo) nació alejado del Derecho administrativo francés, en cuanto aquél no fue el producto de una transformación rápida sino paulatina del Estado y sus subdivisiones (Cf. F. Fleiner, *Instituciones de Derecho administrativo*, Barcelona, Labor, 1933, p. 25).

²² Promulgada en su versión actual el 19 de marzo de 1991; consultada en http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vwgo/englisch_vwgo.html en octubre de 2011.

²³ Puede ser consultada en alemán en: <http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/index.html>

²⁴ <http://www.bundesverfassungsgericht.de>.

²⁵ La cita oficial de este caso es: BVerfGE 16, p. 27, expediente número 2 BvM 1/62.

En cuanto a la inmunidad soberana extranjera de ejecución, la sección (artículo) 25 del GVG acoge, también, principios de Derecho internacional. No pareciera haber en Alemania una base estatutaria clara para establecer inmunidad de ejecución cuando no hay inmunidad de jurisdicción, pero en 1977 el Tribunal Constitucional Federal (en el caso: *Embajada Filipina*²⁶) dispuso que, independientemente de que no exista inmunidad de jurisdicción, la ejecución no es admisible en Alemania contra un Estado extranjero si los bienes a ser ejecutados sirven propósitos soberanos.

2. Brasil

La Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988²⁷ establece en su art. 37 las reglas básicas sobre el funcionamiento de la administración pública y la responsabilidad del Estado. Se prevén reclamaciones conexas a la prestación de servicios públicos, estatuyéndose que las personas jurídicas de Derecho público y las de Derecho Privado prestadoras de servicios públicos deben responder por los daños que sus agentes causen, cuando hubiese mediado dolo o culpa. El requisito de dolo o culpa (falta) se elimina para la responsabilidad por reactores nucleares, según el art. 21 de la Constitución. Se consagra, pues, una responsabilidad patrimonial solidaria del Estado. El art. 5 de la misma Constitución dispone que el Estado debe indemnizar al condenado por error judicial y al que permaneciere en prisión en exceso del término fijado en la sentencia.

No existe, en sentido orgánico, una jurisdicción distinta separada de la ordinaria civil para el contencioso-administrativo en Brasil. El Poder Judicial está dividido en una estructura federal y de estados. Los tribunales federales tienen jurisdicción exclusiva sobre cualquier asunto o demanda en el que el gobierno federal o sus órganos sean parte o tengan interés, así como sobre casos que involucren Estados extranjeros. “Los bienes públicos son imprescriptibles e inalienables, salvo cuando pertenezcan a la categoría de bienes dominicales, como patrimonio inafectado de las entidades públicas, y son, por eso, considerados bienes disponibles del patrimonio público”²⁸. Hasta la presente fecha no existe en Brasil una ley que regule expresamente la inmunidad soberana extranjera. Bajo el art. 89(I) del Código de Pro-

²⁶ Citado como BVerfGE 46, p. 342, expediente número 2 BvM 1/76.

²⁷ Pudo consultarse su texto en portugués en: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/brazil88.html>, en noviembre de 2011.

²⁸ D. Moreira Neto, “Panorama General del Derecho Administrativo en Brasil”, en *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, Granada (España), INAP, 2005, p. 132.

cedimiento Civil de Brasil, la inmunidad soberana no tiene aplicación cuando la disputa se refiere a propiedades inmobiliarias o bienes tangibles ubicados en Brasil. No hay una fuente de Derecho formal que obligue con claridad a los jueces a reconocer una inmunidad absoluta a los Estados extranjeros.

Los tribunales judiciales brasileros aplican principios de Derecho Internacional Público en casos sobre inmunidad soberana extranjera, sobre la base de tres fuentes persuasivas: tratados internacionales, costumbre internacional y principios generales. Se considera que, en general, los Estados extranjeros y sus organismos o entes gozan de inmunidad, excepto cuando desarrollan actividades comerciales, de la misma manera en que podría hacerlo una parte o persona privada. Se trata, en la práctica, de un análisis bastante subjetivo y dependiente de los hechos concretos de cada caso.

Existen al menos dos precedentes judiciales que resultan ilustrativos en la materia. El primero es el caso *UNIAO vs. Consulado General de la República Francesa*²⁹, en el cual el gobierno de Brasil demandó al gobierno de Francia por el cobro de impuestos de importación. El Supremo Tribunal Federal de Brasil desestimó el caso señalando que no tenía jurisdicción sobre el asunto de conformidad con las Convenciones de Viena. En el caso *UNIAO vs. República Da Coreia*³⁰, el gobierno de Brasil demandó a la República de Corea por impuestos supuestamente debidos y no pagados. El Supremo Tribunal Federal de Brasil desestimó el caso sobre la base de la inmunidad soberana de la República de Corea. Pareciera, así, que en Brasil se acoge una inmunidad soberana absoluta en materia tributaria.

Desde al año 1989, y a partir del caso *Genny Oliveira vs. República Federal da Alemanha*³¹ los tribunales judiciales brasileros abandonaron el principio de inmunidad soberana absoluta, adoptando en su lugar el de inmunidad restringida, bajo el cual se analiza en cada caso si el Estado u organismo extranjero actuó o no en ejercicio de *ius imperium*. En ese caso concreto, la señora Genny Oliveira demandó una indemnización correspondiente a su difunto esposo bajo el Derecho Laboral. La Corte Federal impuso gravámenes preventivos para asegurar el pago de la compensación, de manera que no se interfiriera con rela-

²⁹ Caso decidido el 25 de septiembre de 2002 por el Supremo Tribunal Federal (ementário 2089-1), Agravo Reg. na. Acao Civil Originaria N. 634-9 Sao Paolo.

³⁰ Caso decidido el 30 de agosto de 2006 por el Supremo Tribunal Federal (ementário 2257-1), Agravo Reg. na. Acao Civil Originaria N. 543-3 Sao Paolo.

³¹ Citado en Brasil como: AC 9.696, Rel. Min. Sydney Sanches. 31.05.1989 (RTJ 133/159).

ciones diplomáticas o consulares. Se estableció, así, que los privilegios diplomáticos no pueden ser válidamente invocados en litigios laborales.

VI. Derecho occidental anglosajón

1. Estados Unidos de América

En los EE UU el Derecho administrativo no tiene fundamentos europeos continentales³². No existen tribunales judiciales especializados, que puedan enmarcarse en el artículo III de la Constitución de ese país, para revisar las decisiones del Poder Ejecutivo con parámetros exorbitantes del Derecho ordinario. La no diferenciación de cortes y procedimientos judiciales facilita, en nuestro criterio, hacer efectiva en términos materiales la responsabilidad de entes gubernamentales.

En el Derecho occidental anglosajón la inmunidad soberana doméstica encontró su piedra angular en el medieval axioma británico de que el rey no se equivoca (*The King can do no wrong*, o, en Latín, *rex non potest peccare*)³³. Contemporáneamente, esa premisa se ha superado y abundan, particularmente en EE UU, casos sobre la responsabilidad patrimonial de entes gubernamentales frente a ciudadanos privados³⁴. Hasta mediados del siglo XX, sin embargo, el tema no era tan claro, llegando a expresarse que la inmunidad “gubernamental” tuvo “una historia larga y complicada en los EE UU” con fundamento en dos conceptos: primero, que un Estado no podía ser demandado en sus propias cortes sin su consentimiento expreso y, segundo, que aun si dicho consentimiento era manifestado, éste no debía extenderse a ilícitos civiles (extracontractuales) de funcionarios administrativos³⁵. La historia se hace aún más complicada y entrela-

³² Pudo consultarse la Ley de Procedimientos Administrativos de ese país en: <http://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/551.html>, en diciembre de 2011.

³³ Cf. T. Starkey: *England in Reign of King Henry VIII*, originalmente publicado en Londres por Early English Text Society N. Trubner & Co., digitalizado por Google, y consultado en <http://www.archive.org/details/englandinreignkoouunkngoog> en noviembre de 2011.

³⁴ Cf., en general, L.R. Frumer, M.I. Friedman *et al.*, “United States Government Liability”, en *Products Liability*. Matthew Bender and Company Inc., 1997.

³⁵ Cf. sentencia del caso *Walter Cuddy vs. Texas Department of Corrections*, emitida el 28 de febrero de 1979 por la *Fourteenth Court of Appeals* (Houston), citada como: 578 S.W.2d 522, 524 (Tex. Civ. App.—Houston [14th Dist.] 1979). Vid. también, en general: J.R. Greenhill y T.V. Murto, “Governmental Immunity”, *Tex. L. Rev.*, vol. 49, (1970–1971), p.462.

zada por la multiplicidad de legislaciones a nivel de Estados federados y su solapamiento con leyes federales.

El punto de quiebre de la inmunidad soberana doméstica de jurisdicción se produjo, de manera más uniforme a nivel federal, con la Ley Federal de Ilícitos Civiles (*Federal Tort Claims Act*) del año 1948 (que tuvo un antecedente en una ley de reorganización del año 1946 denominada *Legislative Reorganization Act*). Dicha ley de 1948 consagró el derecho de personas privadas de demandar a los Estados Unidos de América en cortes federales por varios tipos de ilícitos civiles extracontractuales, en la “misma manera y extensión que un individuo privado en circunstancias similares, pero sin intereses previos a la decisión ni daños punitivos”³⁶.

La inmunidad soberana doméstica de ejecución, por su parte, parece no ser legalmente relevante en la actualidad estadounidense. La situación puede deberse a que, una vez salvado el obstáculo de la inmunidad de jurisdicción y de llegarse a una sentencia judicial o laudo arbitral adverso (definitivamente firme), éstos, abrumadoramente, son acatados y cumplidos voluntariamente por los entes gubernamentales estadounidenses. No hemos encontrado precedentes de ejecuciones materiales forzosas (fuera de órdenes formales que pueden sustituir actos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo) contra entes gubernamentales en los EE UU. Si una sentencia judicial va más allá de aspectos declarativos, y ordena a una parte hacer o abstenerse de hacer algo, como ocurre cuando se emite una *injunction*, el tribunal judicial puede arrestar por *contempt* a quien rehúse cumplir la orden, y ordenar el pago de multas. Luego de eso, sin embargo, la ejecución queda a cargo del Poder Ejecutivo y sus cuerpos de policía.

En cuanto a la inmunidad soberana extranjera, los EE UU, a través de su *Foreign Sovereign Immunities Act* (Ley de Inmunidad Soberana Extranjera) de 1976 acoge, con respecto a la inmunidad de entes gubernamentales extranjeros, el principio moderno restrictivo, bajo el cual la inmunidad se extiende a actos que impliquen el ejercicio de *ius imperium* (*iure imperii*) del ente extranjero, pero no a sus actos comerciales o privados (*iure gestionis*)³⁷. Sin embargo, la regla *prima facie* es la inmunidad de los entes gubernamentales extranjeros, con respecto a la cual la ley establece una serie de excepciones deta-

³⁶ La cita oficial de la norma relevante es 28 U.S.C.2674. Consultada en noviembre de 2011 en: http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode28/usc_sec_28_00002674---000-.html.

³⁷ *Vid.* sentencia del año 1992 de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso: *Republic of Argentina vs. Weltover*, citado como 504 U.S. 607 (1992).

lladas, referidas a dichos actos *iure gestionis*. La inmunidad puede ser renunciada por el Estado, inclusive *a priori*, y el Estado puede designar bienes específicos para ejecución (se dice que los bienes así seleccionados quedan *earmarked* –marcados en su oreja–).

La ley en cuestión diferencia la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución³⁸. En los EE UU la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera tiene un alcance más amplio que la ejecutabilidad de bienes, pues aquélla en algunos casos excluye hasta la jurisdicción sustantiva de los tribunales estadounidenses para conocer de demandas (no solo para ejecutar medidas) contra países soberanos extranjeros o sus instrumentalidades, como las empresas del Estado.

Bajo la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera, todos los países, excepto EE UU y sus instrumentalidades (vale decir, instrumentos — entes estatales—), están presuntamente inmunes a ser demandados en los EE UU, a menos que una excepción legal expresa sea aplicable. Sin embargo, al ser demandado y citado válidamente, el ente extranjero tiene la carga de probar que califica como un ente gubernamental, bajo la definición estadounidense, para luego poder beneficiarse de la inmunidad³⁹. Una vez que el demandado cumple esa carga de la prueba, ésta se invierte y corresponde entonces al demandante demostrar que una de las excepciones legales que elimina la presunción de inmunidad es aplicable el caso concreto⁴⁰. Para Venezuela existe un precedente judicial concreto —referido a Derecho de la libre competencia—, en el caso *RSM Production Corp. vs. Petroleos de Venezuela, S.A. (PDVSA)*⁴¹, en el que se consideró y determinó que PDVSA gozaba de inmunidad soberana y no podía ser demandada judicialmente en los EE UU.

³⁸ Vid. sentencia del 26 de octubre de 2009 de la *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit*, caso: *Rubin vs. Islamic Republic of Iran*, citada como: 637 F.3d 783. En el mismo se concluyó que Irán se presumía inmune bajo la ley estadounidense sobre Inmunidad Soberana Extranjera de 1976 aun cuando dicho Estado no hubiese contestado la demanda. Se señaló, además, que las medidas judiciales sobre propiedad iraní en los Estados Unidos estaban precluidas porque los reclamantes no identificaron bienes concretos.

³⁹ Vid. sentencia del año 1997 de la *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*, caso: *Adler vs. Federal Republic of Nigeria*, citado como: 107 F. 3d 720. En dicho caso, referido a cuestiones de Derecho de la Libre Competencia, se concluyó que Nigeria había realizado actividades comerciales.

⁴⁰ Vid. sentencia del año 2010 de la *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*, caso: *Peterson vs. Islamic Republic of Iran*, citado como: 627 F. 3d 1117.

⁴¹ Decidido en el año 2004 por la Corte Federal de Distrito de Colorado, citado como: 338 F. Supp. 2d 1208 (D. Co. 2004).

En EE UU se ha señalado, racionalmente, que el concepto de bienes para actividad comercial (*iuris gestionis*) —para la ejecución de sentencias judiciales o laudos arbitrales contra Estados— debe ser definido de modo restrictivo, ya que la inmunidad deviene como un principio o regla y no como la excepción, y la jurisdicción debe ser prudente y cuidadosa cuando se pronuncia en las demandas que afectan las cuestiones de gobiernos extranjeros. Así, en un precedente judicial de notable trascendencia se sostuvo el criterio conforme con el cual las cuentas bancarias de la Embajada de Liberia estaban protegidas contra toda medida de embargo, porque gozaban de la inmunidad diplomática por aplicación de la Convención de Viena y por cuanto no existía excepción aplicable para privar a sus cuentas bancarias de la inmunidad de ejecución⁴². Se hizo en ese caso una aplicación racional, y no absoluta, de la inmunidad de ejecución.

2. Reino Unido

En el Reino Unido la Ley de Procedimientos contra la Corona del año 1947 (*Crown Proceedings Act of 1947*) marcó un hito crucial, pues la misma permitió por primera vez demandas civiles contra la Corona. Con dicha ley se derogó el principio de inmunidad real (*Crown Privilege*) preparando el camino para el surgimiento de la más moderna doctrina de inmunidad por interés público (*public interest immunity*). Al igual que en Estados Unidos, no encontramos con respecto al Reino Unido estudios particulares sobre la ejecución material forzosa de sentencias o laudos arbitrales contra entes gubernamentales. Ello puede deberse al respeto institucional y acatamiento generalizado de tales decisiones por parte de dichos entes.

Sobre la inmunidad soberana extranjera, en Inglaterra se considera como una regla de Derecho consuetudinario internacional que un Estado no puede ser demandado en los tribunales judiciales de otro Estado por actos realizados en ejercicio de *ius imperium*. La base de esa regla es que los Estados soberanos se consideran iguales entre sí. En la primera mitad del siglo XX, la inmunidad soberana extranjera se consideraba absoluta, según lo resumió Lord Atkin en el caso *Compañía Naviera Vascongado vs. Steamship Christina*: “ha sido establecido sin lugar a disputas que las cortes de un país no pueden

⁴² Sentencia de la Corte Federal del Distrito de Columbia del 16 de abril de 1987, caso: *Liberian Eastern Timber Corporation vs The Government of the Republic of Liberia*, citada como: 659 F.Supp. 606, 55 USLW 2591. Este caso se refería a la ejecución de un laudo arbitral dictado en 1986 en el contexto de CIADI, citado como 2 ICSID Rep. 343.

juzgar o perseguir en Derecho a un soberano extranjero, es decir, las cortes no pueden con sus procesos hacer al soberano parte contra su voluntad en un procedimiento legal, bien sea que el procedimiento sea contra su persona o que busque recuperar propiedades específicas o daños”⁴³. Desde 1975, sin embargo, la inmunidad soberana extranjera fue matizada en Inglaterra, bajo la guía de Lord Denning en el caso *Thai–Europe Tapioca Service Ltd vs. Government of Pakistan*⁴⁴. En dicho caso se señaló que: “un gobierno extranjero que celebre una transacción comercial ordinaria con un corredor [...] debe honrar sus obligaciones como otros corredores: y si falla en hacerlo, debe estar sujeto a las mismas leyes y tribunales que aquéllos”.

Con posterioridad, el parlamento inglés aprobó en 1978 la Ley de Inmunidad Estatal (*State Immunity Act*), siguiendo, en líneas generales, los lineamientos de la Ley estadounidense sobre Inmunidades Soberanas Extranjeras. Dicha ley inglesa estableció la inmunidad soberana extranjera como regla, enumerando una serie de importantes excepciones a la misma. Un reciente e importante decisión fue emitida por la Corte Suprema del Reino Unido (la más alta de esa jurisdicción) bajo la Ley de Inmunidad Estatal es la del caso *NML Capital vs. Republic of Argentina*⁴⁵. En el referido caso se confirmó que un Estado extranjero no está favorecido con inmunidad cuando se enfrenta en Inglaterra a la ejecución de una sentencia extranjera en un caso comercial. Se señaló que la sentencia extranjera, referida a un asunto de financiamiento internacional, podía ser ejecutada en Inglaterra como cualquier sentencia ordinaria, considerándose, además, que Argentina había renunciado a su inmunidad en un contrato.

VII. Derecho de la Federación Rusa

La Constitución de la Federación Rusa contiene en su art. 52 la base de la responsabilidad estatal por la no ejecución de sentencias judiciales, al no distinguir éstas de actos del Poder Ejecutivo. Dicho artículo dispone que todos tienen el derecho a ser compensados por los daños causados por acciones o inacciones ilegales de los cuerpos de autoridad estatal y sus oficiales⁴⁶. Los arts. 16, 1069 al 71, y 1081 del Código

⁴³ Caso citado como: AC 485 at 490 (1938); traducción libre.

⁴⁴ Caso citado como: 1 WLR 14185 (1975); traducción libre.

⁴⁵ [2011] UKSC 31, consultado en: http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC_2010_0040_Judgmentv2.pdf

⁴⁶ Consultada en inglés en <http://www.constitution.ru/en/10003000-03.htm> en noviembre de 2011.

Civil ruso desarrollan dicho principio.⁴⁷ Bajo dichos artículos, los daños causados por acciones o inacciones de entes del Estado que sean inconsistentes con la ley u otro “acto legal” (lo cual incluye sentencias judiciales) están sujetos a reparación.

Hasta donde investigamos, el Derecho positivo ruso no establece una definición conceptual expresa de inmunidad soberana. La doctrina, sin embargo, la refiere como una doctrina que estatuye principios que hace a entes gubernamentales inmunes a ser demandados en tribunales extranjeros sin su consentimiento.⁴⁸ El Código de Procedimiento Civil Ruso de 2002 (Ley 138–FZ del 14 de noviembre de 2002) y el Código de Procedimiento de Arbitraje de la Federación Rusa del mismo año (Ley 95–FZ del 24 de julio de 2002)⁴⁹ tratan la inmunidad soberana como la exclusión de un Estado y sus organismos de la jurisdicción de otro Estado, como cuatro excepciones a reglas generales de procedimiento judicial: (i) excepción de persecución; (ii) excepción de gravámenes como demandado o como parte en tercera; (iii) excepción de medidas cautelares o preventivas; y (iv) excepción de ejecución forzosa. La inmunidad, sin embargo, no se considera absoluta: no se aplica a disputas relativas al curso ordinario de negocios mercantiles o comerciales con partes rusas. Adicionalmente, tratados o convenios internacionales celebrados por la Federación Rusa y otros Estados pueden contener renunciaciones a la inmunidad soberana en ciertas circunstancias. La renuncia debe ser clara y definitiva, emitida por un funcionario competente en cumplimiento de la normativa doméstica de la jurisdicción de domicilio del ente extranjero. La legislación rusa no hace referencia a la reciprocidad como requisito para aplicar la inmunidad soberana en favor de un ente estatal extranjero.

Debe hacerse notar que de conformidad con la “Estrategia para el Desarrollo del Sector Bancario hasta 2015” aprobada por el gobierno ruso y el Banco Central de la Federación Rusa el 5 de abril de 2011, el Ministerio de Finanzas, el Ministerio de Desarrollo Económico y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Rusia están supuestos a redactar una ley federal sobre inmunidad soberana para atraer depósitos e inversiones de entes gubernamentales extranjeros.

⁴⁷ Consultado en inglés en: <http://www.russian-civil-code.com> en noviembre de 2011.

⁴⁸ M. Boguslavsky, “Foreign State Immunity: Soviet Doctrine and Practice”, *Netherlands Yearb. Int’l L.*, 10, 1979, pp. 167–177.

⁴⁹ Debe hacerse notar que las cortes de arbitraje referidas en este Código son asimilables a tribunales judiciales (y no a lo que en Derecho occidental se conoce comúnmente como tribunales arbitrales), pues son permanentes y forman parte de la estructura organizativa del Estado.

Como punto para referencia adicional, la República de Bielorrusia, que en el pasado formó parte de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (habiéndose independizado definitivamente en 1991), no hay una ley especial que regule de manera integral la inmunidad soberana. El Código Procesal de Comercio bielorruso, que contiene disposiciones distintas a las de procedimiento civil ordinario, establece que cuando un Estado extranjero posee inmunidad cuando actúe como soberano, haciendo referencia implícita a una ausencia de inmunidad para actuaciones fuera del ámbito de soberanía. La inmunidad soberana se extiende a: (i) acciones presentadas contra el Estado; (ii) la obligación de someterse a juicio en tercería; (iii) medidas judiciales contra bienes ubicados en Bielorrusia; y (iv) medidas cautelares. Por separado, sin embargo, el mismo Código dispone que la ejecución de sentencias contra bienes propiedad de un Estado extranjero se permite solo cuando media consentimiento de éste. Es decir, bajo el Código existe una inmunidad de jurisdicción que es funcional y admite excepciones, pero existe una inmunidad de ejecución absoluta.

VIII. Derecho islámico

1. Emiratos Árabes Unidos

Constituidos por los siete emiratos de Abu Dhabi, Dubai, Sharjah, Ras Al Khaimah, Umm Al Quwain, Ajman y Fujairah, los Emiratos Árabes Unidos están ubicados en el Golfo Árabe (también conocido como Golfo Pérsico). Su Código de Procedimiento Civil (Ley Federal No. 11 de 1992) establece una prohibición amplia que impide el embargo de bienes públicos propiedad de cualquier Estado de los Emiratos para propósito de ejecución. El Código de Procedimiento Civil reconoce inmunidad soberana de ejecución a entes de Derecho público y de Derecho privado, que sean propiedad del Estado o cualquiera de los Emiratos. Ese beneficio, sin embargo, no se reconoce expresamente a entes de otros Estados. El art. 235 del referido Código establece que sentencias y órdenes dictadas en Estados extranjeros pueden ser ejecutadas en los Emiratos Árabes Unidos en las mismas condiciones prescritas en las leyes del Estado extranjero relevante para la ejecución de sentencias similares dictadas en los Emiratos Árabes Unidos.

Los Emiratos Árabes Unidos han suscrito la Convención Árabe sobre Cooperación Judicial de 1973 y la Convención del Consejo de Cooperación del Golfo sobre Ejecución de Sentencias, Notificaciones y Delegaciones Judiciales. En los Emiratos Árabes Unidos, las sentencias ex-

tranjeras no son ejecutables en ausencia de un tratado que establezca reciprocidad con el Estado extranjero relevante.

2. Qatar

En Qatar, la Ley No. 10 de 1987, relacionada con las propiedades públicas y privadas del Estado de Qatar, distingue entre propiedad públicas y propiedades privadas de dicho Estado. La Ley establece expresamente que las propiedades públicas no pueden estar sujetas a medidas de ejecución en Qatar. Sin embargo, la referida Ley no menciona propiedades o bienes de gobiernos extranjeros.

La Ley de Procedimiento Civil y Comercial (Ley 13 de 1990) dispone en su art. 379 que las sentencias dictadas en un Estado extranjero pueden ser ejecutadas en Qatar bajo las mismas condiciones establecidas en la ley de dicho Estado extranjero aplicable a la ejecución en éste de sentencias dictadas en Qatar. Es decir, la legislación de Qatar acoge la reciprocidad como principio rector para la ejecución de sentencias extranjeras.

IX. Derecho hindú

En la India la doctrina sobre inmunidad soberana se basó, en su origen, en el principio consuetudinario, tomado de la jurisprudencia británica, de que el monarca no comete errores (*The King can do no wrong* o, en Latín, *rex non potest peccare*) y no puede ser responsable por negligencia personal o conducta ilícita, ni por la de sus sirvientes o dependientes.

El art. 300 de la Constitución de India, originalmente promulgada en 1950 y sujeta a varias enmiendas posteriores, establece la responsabilidad estatal por actos gubernamentales. Se dispone que el gobierno de India puede demandar y ser demandado, sujeto a las leyes del parlamento (o legislatura en el caso de los estados).

En India, la doctrina de inmunidad soberana nació formalmente con la sentencia del caso *P. and O. Navigation Company v. Secretary of State for India*, decidido por la Corte Suprema (Calcuta) en 1861, acogiéndose la distinción entre los términos soberano y no soberano para decidir sobre la responsabilidad de la *East India Company*⁵⁰. Sin embargo, desde el año 2000 parece haberse dado al traste con las bases de

⁵⁰ Cf. cita contenida en otra decisión consultada en <http://www.indiankanoon.org/doc/731194/>, en octubre de 2011.

la inmunidad soberana en el caso *State Of Andhra Pradesh vs. Challa Ramkrishna Reddy & Ors*, decidido por la Corte Suprema el 26 de abril de 2000⁵¹. En dicho caso se señaló que la eficiencia y dignidad del Estado como persona jurídica pudieron haber constituido base filosófica suficiente para la inmunidad estatal en el siglo XIX, pero que ahora se hace más énfasis en la libertad, la igualdad y la famosa *rule of law*. Se considera arcaica la protección especial del Estado, poniéndolo más bien a la par de otras personas jurídicas, y desechándose además la necesidad de distinguir entre funciones soberanas y no soberanas. Por lo tanto, salvo en actividades muy particulares que constituyen funciones inalienables del Estado como la administración de justicia y represión del crimen, y en ausencia de tratados internacionales claros, el Estado no puede alegar inmunidad.

X. Derechos de extremo oriente

1. China

La República Popular China adoptó en 1994 la Ley de Compensación Estatal (Séptima Sesión del Comité del Octavo Congreso Nacional del Pueblo). Según su art. 1ro, dicha ley se formuló con base en la Constitución para asegurar que los ciudadanos, personas jurídicas y otros organismos gocen del derecho de obtener compensación del Estado de conformidad con la ley, y para urgir a los órganos del Estado a ejercer sus funciones de conformidad con la ley.

La Ley de Compensación Estatal fue modificada sustancialmente en 2010, en favor de una mayor responsabilidad del Estado y más facilidad para los particulares para obtener compensación. Se eliminó un requisito previamente existente de que el órgano estatal debía haber violado la ley y reconocido la violación expresamente para dar lugar a la compensación. Desde 2010 se permite, además, la responsabilidad del Estado por negligencia. También se comenzó a reconocer la procedencia de daños psicológicos a particulares por primera vez en China.

Con respecto a la inmunidad extranjera, China adoptó el 25 de octubre de 2005 la Ley sobre Inmunidad de los Activos de Bancos Centrales Extranjeros con Respecto a Medidas Judiciales Compulsorias. Dicha adopción se produjo en la 18va reunión del Comité del 10mo Congreso Nacional del Pueblo. Esta Ley fue promulgada para tratar de mantener a Hong Kong como un centro financiero mundial, atracti-

⁵¹ *Ibid.*

vo para bancos centrales extranjeros, una vez que las leyes del Reino Unido sobre inmunidad soberana dejaron de ser aplicables en Hong Kong en 1997. En principio, esa Ley es aplicable a los bienes de bancos centrales extranjeros en todos los territorios o divisiones político-territoriales de China, incluyendo: la China continental, Hong Kong, Macao y Taiwán. En la práctica, sin embargo, el gobierno de Taiwán no reconoce aplicación a dicha Ley.

En su art. 1, la referida Ley china establece que la inmunidad otorgada protege los activos de bancos centrales extranjeros de medidas judiciales relativas a la protección de activos y ejecución de sentencias. El mismo artículo, sin embargo, dispone que un banco central extranjero o un gobierno del cual el banco central sea subordinado está facultado para renunciar a la inmunidad por escrito, de manera general, o designando ciertos activos específicos para garantía de deudas. La aplicación de la Ley está supeditada a la existencia de reciprocidad. Ello quiere decir que si un país no reconoce legalmente inmunidad a los activos del Banco Central Chino, o si el nivel de inmunidad otorgada es inferior al ofrecido en China, las autoridades gubernamentales chinas (incluyendo tribunales judiciales) no reconocerán la inmunidad establecida en la Ley china.

2. Japón⁵²

El art. 17 de la Constitución de Japón de 1946 dispone que toda persona puede demandar por reparación, de conformidad con la ley, al Estado o ente pública en caso de haber sufrido daño por acto ilegal de cualquier oficial publico⁵³. El art. 1 de la Ley sobre Responsabilidad del Estado por Compensación dispone que cuando un oficial del gobierno que esté en posición de ejercer la autoridad pública del Estado o de un ente público haya causado daño a un ciudadano en violación de sus deberes legales hacia ese ciudadano, el Estado o el ente público involucrado deberá ser responsable por compensar dicho daño⁵⁴. El 11 de septiembre de 2002, la Corte Suprema de Japón anuló dos disposiciones

⁵² Es correcto, en nuestro criterio, englobar al Derecho japonés en el grupo de Derecho Chino, puesto que el conocido *Ritsuryō* (律令) de Japón, como sistema histórico de Derecho (siglos VII y VIII), se basa en la filosofía China y más específicamente de Confucio. Debe reconocerse, sin embargo, que en la actualidad el Derecho japonés, particularmente a partir de la Segunda Guerra Mundial, puede considerarse una mezcla o híbrido de Derecho Chino, Occidental anglosajón, y Europeo continental.

⁵³ Citada como: KENPŌ, art. 17; consultada en <http://www.ndl.go.jp/constitution/e/etc/co1.html> en octubre de 2011.

⁵⁴ Ley sobre Responsabilidad del Estado por Compensación del 27 de octubre de 1947, disponible en inglés en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fbe02764.html>, consultada en diciembre de 2011.

de la Ley del Servicio Postal que inmunizaban o limitaban la responsabilidad estatal en cuanto a daños relacionados con la entrega de envíos especiales, por considerarlas violatorias del art. 17 de la Constitución⁵⁵.

La Constitución y leyes de Japón no establecen una jurisdicción judicial separada orgánicamente de la ordinaria civil para revisar actos del Poder Ejecutivo. Sí existe una ley especial sobre Derecho Procesal Administrativo (contencioso-administrativo), denominada Ley sobre Litigio de Casos Administrativos, originalmente promulgada en 1962 y reformada en 2004; pero esa no dispone procedimientos especiales para la ejecución de sentencias contra entes públicos⁵⁶. La Oficina Legislativa del Gabinete (*Naikaku-Hosei-Kyoku*) juega un rol muy importante en asesoría al Estado sobre asuntos legales, incluyendo los de su responsabilidad. Se ha afirmado que dicha oficina tiene una similitud importante con el *Conseil d'État* de Francia⁵⁷.

La Ley sobre la Jurisdicción Civil de Japón (Ley n° 24 del 24 de abril de 2009) establece en su art. 4 ciertas protecciones basadas en el concepto de inmunidad soberana. Se consagra el principio general de que salvo cuando la ley establezca expresamente lo contrario, un Estado extranjero será inmune a la jurisdicción en Japón. Los organismos públicos están incluidos en la definición de Estado.

Existe un precedente judicial relativo al despido por el Estado federado de Georgia de los Estados Unidos de América de un empleado que trabajaba en Japón para la autoridad portuaria de Georgia (*Georgia Ports Authority*)⁵⁸. En dicho caso, la Corte Suprema de Japón anuló una sentencia de segunda instancia que había decidido que el despido del empleado se refería a circunstancias especiales que requerían deliberar sobre políticas operacionales y la situación financiera de un gobierno estatal, lo cual concernía funciones soberanas de un Estado extranjero. La Corte Suprema de Japón sostuvo que el despido de un empleado por razones financieras de un Estado no era distinto del despido de un empleado por razones económicas de una compañía privada, y que, por lo tanto, el despido constituía un acto de Derecho Privado o *iure gestionis*, con respecto al cual Georgia no gozaba de inmunidad de jurisdicción bajo las leyes de Japón.

⁵⁵ Caso citado como: 56 MINSHŪ 1439 (Sup. Ct., Sept. 11, 2002).

⁵⁶ El texto de dicha ley pudo ser consultado en inglés en: <http://www.japanese-law-translation.go.jp> en octubre de 2011.

⁵⁷ Jun-ichi Satoh, "Judicial Review in Japan", *Loy. L.A. L. Rev.*, vol. 41, 2008, p. 603.

⁵⁸ Caso citado en Japón como: 63-8 *Saiko Saibansho Minji Hanreisyu* 1799, deducido por la Corte Suprema de Japón el 16 de octubre de 2009.

XI. Eficacia de la responsabilidad estatal

El análisis anterior evidencia que el uso de la fuerza pública es, por ahora y de manera uniforme, monopolio del Estado y en este aspecto de ejecución, del Poder Judicial concretamente. En todas las jurisdicciones que investigamos por su significancia cualitativa, a quien corresponde ejecutar forzosamente, o al menos dirigir y comandar la ejecución forzosa, de las sentencias judiciales y los laudos arbitrales, nacionales o extranjeros, es al Poder Judicial, no al Ejecutivo ni al Legislativo, ni a entes o personas privadas. Es el Poder Judicial el que tiene a su cargo dar eficacia a la responsabilidad patrimonial de los entes estatales. El Poder Ejecutivo y el Legislativo pueden tener roles importantes en la fase de ejecución, cuando es un ente de Derecho Público contra quien se pretende la ejecución, pero la dirección suprema de la ejecución corresponde al Poder Judicial. Ese es un principio universal.

Con lo anterior presente, debe reconocerse que para cualquier sujeto de Derecho “acceder a la justicia” debe comprender la posibilidad de obtener el reparo y solución efectiva (real y material) de las situaciones perjudiciales que puedan crear terceras personas (sean particulares o estatales), ya sea a través de sus actuaciones materiales o de sus actos formales, mediante la intervención de los órganos competentes (tribunales judiciales o tribunales arbitrales). Dicho reparo o solución no debe limitarse al ámbito ideal, meramente declarativo, nominal o ilusorio. La responsabilidad del Estado no solo debe existir y ser válida en teoría jurídica, sino que debe ser eficaz.

Acceder a la justicia implica, primeramente, que el particular sea titular de un derecho a incitar a los órganos judiciales o arbitrales para que actúen, pero implica además, ineludiblemente, que si su pretensión se ajusta al derecho, obtenga un balance a su favor, inclusive en términos patrimoniales, después de haber sido parte en el procedimiento. Así pues, no sería acceder a la justicia que, si un tribunal arbitral dictase un laudo a favor de un particular y en contra de un ente de Derecho público, “administrando justicia por autoridad de la ley”, pero que lo declarado y ordenado en el laudo no pudiera materializarse dadas las prerrogativas exorbitantes que asisten a la mayoría de las personas de carácter estatal, de modo que la justicia obtenida quede sólo en el papel y en un conjunto de frases. Tampoco es acceder a la justicia que una sentencia o un laudo anule un acto administrativo de efectos particulares por ser ilegal o inconstitucional, o que ordene el pago de cierta indemnización, pero que el patrimonio de la parte victoriosa quede sustancialmente reducido en virtud de los costos del

procedimiento judicial o arbitral, inclusive más disminuido o perjudicado que si se hubiese cumplido o hubiese continuado en vigencia el acto declarado ilegal o inconstitucional. Para que la responsabilidad estatal no solo exista en teoría sino que además sea eficaz en la práctica debe permitirse la ejecución forzosa, dentro de ciertos límites y parámetros, de condenas judiciales o arbitrales contra el Estado.

Consciente del conflicto entre intereses particulares y generales que se presenta cuando un Estado o ente gubernamental es parte en un juicio, la legislación local puede dar cierta protección a personas de Derecho público –en conflictos domésticos, nacionales o internos–, en lo relativo a su actuación judicial y arbitral. Se entiende que pueden consagrarse a su favor ciertos privilegios y prerrogativas procedimentales y sustantivos. Estos privilegios pueden llegar a ser exorbitantes y extraños al Derecho común y conferir al Estado o a sus instrumentos facultades que en el ámbito de aquél resultarían contrarias al orden público. La concepción de privilegios diferenciadores se entiende fácilmente en el grupo de Derecho occidental romano–germánico, particularmente en jurisdicciones con profundo arraigo jurídico europeo continental (Alemania y Brasil, por ejemplo) que separan más notablemente al Derecho administrativo del Derecho ordinario. En el ámbito especial del Derecho público tales facultades pueden resultar justificadas y legítimas, siempre que no infrinjan directamente o faculten a la administración pública a conculcar los derechos constitucionales de los particulares, como lo harían normas que impidan, de manera absoluta, o hagan demasiado difícil, la ejecución forzosa de laudos arbitrales y sentencias contra personas estatales.

Es cierto que la superioridad y protección conferida al Estado, como tutor del interés general, debe propiciar una situación racional, y que las disposiciones –muchas de rango constitucional– que consagran la supremacía de personas de Derecho público, como personas jurídicas, deben ser administradas con las que consagran los derechos de los particulares. De modo que las normas que las constituciones contemporáneas contemplan deben interpretarse dentro de un contexto global y no aisladamente, es decir, integrándolas a los principios que le dan su fisonomía al Estado de Derecho relevante.

Así pues, cualquier disposición legal que pretenda adoptarse, tendente a proteger los intereses colectivos y el bien común, debe respetar, y no desnaturalizar, los derechos individuales básicos, entre los cuales se encuentra el derecho de acceso a la justicia mediante el sistema judicial o el arbitral. Por lo demás, debe recordarse que el interés general no tiene porqué contraponerse a los intereses particulares,

pues aquél es la suma de éstos. Debe facultarse plenamente a los jueces para ejecutar materialmente o para dirigir la ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales contra personas estatales y para obtener las medidas necesarias para garantizar la ejecución sobre bienes no indispensables para el funcionamiento de los servicios públicos. De esta manera, se protegerá el interés colectivo y el bien común, y se permitirá que los particulares ejerzan el derecho de acceder a la justicia.

Es incuestionable que el hecho de que entes de Derecho público puedan, en virtud de normas legales, desobedecer legítimamente la orden de un organismo judicial o de un tribunal arbitral que la haya compelido a entregar a un particular una suma de dinero o un bien corporal —en virtud de la inembargabilidad de sus bienes—, o burlar fácticamente un laudo arbitral que pretenda reparar una situación jurídica subjetiva lesionada, le da a dichos entes la posibilidad de actuar y ocasionar perjuicios sin tener que repararlos efectivamente. Ello conduce a una situación de irresponsabilidad estatal que propicia su actividad arbitraria e ilegal, y que es contraria a los principios bases del Estado de Derecho. Permitir que los entes estatales puedan desconocer legítimamente condenas judiciales o arbitrales dictadas a favor de los particulares o que dichos entes estatales no puedan ser condenados en los términos necesarios para que los particulares accedan materialmente a la justicia, equivale a reconocer la irresponsabilidad patrimonial de los entes estatales.

La diferenciación de actos soberanos (*acta iure imperii*), y actos ordinarios o comerciales (*acta iure gestionis*) que se acoge en jurisdicciones como Estados Unidos, Inglaterra, Alemania y Japón es razonable, es decir, justificable por el discurrir del entendimiento. Siguiendo esa división, para analizar la inmunidad de jurisdicción debe revisarse la naturaleza de la actividad (relacionada con el reclamo o demanda) que el ente gubernamental desarrolla. Para la inmunidad de ejecución en, cambio, debe revisarse si el *imperium* está involucrado o conectado con en el origen, uso o propósito de los bienes cuya ejecución se pretende. Para actividades *iure gestionis* no debe haber inmunidad de jurisdicción. Y para bienes no conectados con el *ius imperium* no debe haber inmunidad de ejecución.

Los postulados que hemos planteado sobre la ejecución y eficacia material son aplicables por igual a las sentencias judiciales y a los laudos arbitrales. En todo caso, debe tenerse presente que la aplicación de las normas legales que protegen los bienes estatales contra medidas de ejecución es siempre territorial. En tal virtud, no quedan protegidos

por esas normas bienes o activos ubicados fuera de la jurisdicción de la legislación relevante a los cuales se pretenda acceder para ejecutar una sentencia judicial o un laudo derivado de un arbitraje.

En el foro internacional se nota un claro abandono de la inmunidad absoluta de ejecución y una adopción de lo que suele denominarse inmunidad relativa o restringida, la cual admite que, en cierta clase de asuntos, el Estado no puede invocar su inmunidad cuando es llevado a ejecución forzosa de un laudo arbitral. Ya existen además leyes internas de arbitraje que contemporáneamente reconocen que cuando el arbitraje es internacional y una de las partes es un Estado soberano, o una sociedad, organización o empresa propiedad o controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho o principios de soberanía para sustraerse de las obligaciones emanadas del convenio arbitral⁵⁹.

En concreto para el arbitraje, debe destacarse que los Estados o países soberanos pueden someterse a la jurisdicción arbitral en forma voluntaria, lo cual en principio soluciona o supera el primer punto u obstáculo de la inmunidad, es decir, la inmunidad de jurisdicción. No es falta de soberanía someterse voluntariamente a una jurisdicción. El arbitraje, como hemos visto, requiere un consentimiento de las partes como presupuesto para la jurisdicción–competencia del tribunal arbitral. Sin embargo, mayoritariamente se piensa que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no implica la renuncia a la inmunidad de ejecución.

La doctrina de inmunidad soberana podrá después tener un efecto en la ejecución forzosa de un eventual laudo, es decir, en la inmunidad de ejecución, con base en la cual cabrá diferenciar bienes o activos protegidos por actos de imperio, por una parte, y por la otra bienes utilizados para actos de gestión u ordinariamente comerciales. Para los segundos no debe discutirse la posibilidad conceptual de ejecutar forzosamente laudos arbitrales, aunque pueda o no requerirse una conexión de esos bienes con el asunto discutido. Si los bienes o activos tienen un destino relacionado con actividades *iuris gestionis*, o esencialmente comercial, deben ser por principio ejecutables.

XII. Conclusiones

A manera de conclusión podemos resumir los siguientes puntos de coincidencia entre las fuentes de Derecho de las jurisdicciones estu-

⁵⁹ Ley de Arbitraje Comercial de la República Dominicana, art. 2 (Ley n.º 489–08 del año 2008).

diadas, que identifican denominadores comunes compartidos por sus fundamentos y orígenes legales:

i) La inmunidad soberana extranjera tiene una base histórica y filosófica próxima distinta a la inmunidad soberana doméstica. Aquélla se fundamenta en el respeto y deferencia mutua entre Estados soberanos, mientras que ésta se basa en la superioridad del Estado frente a los particulares y la supuesta protección de intereses generales por sobre intereses particulares.

ii) La inmunidad soberana, bien sea de jurisdicción o de ejecución, es regulada por el Derecho sustantivo aplicable en el lugar donde se inicia un procedimiento cognoscitivo o de ejecución, constituido por normas y principios consagrados en leyes nacionales, en tratados internacionales vigentes en ese lugar, o por principios de Derecho consuetudinario internacional reconocidos por los tribunales judiciales nacionales. Puede presentarse, así, un desdoblamiento o separación entre las normas que establecen la existencia y validez de la responsabilidad patrimonial de entes estatales, por una parte, y por la otra las normas relativas a la eficacia práctica (ejecutabilidad) de esa misma responsabilidad. La confiabilidad y predictibilidad de actuación de los tribunales judiciales del lugar donde se pretende una ejecución forzosa de una sentencia judicial o de un laudo arbitral, y la acogida y jurisprudencia interpretativa de éstos sobre la inmunidad soberana, es de vital importancia, pues su intervención siempre será necesaria para la ejecución forzosa de sentencias judiciales y laudos arbitrales.

iii) La inmunidad soberana doméstica de jurisdicción parece haber sido superada y descartada en el siglo XXI. No hemos encontrado ejemplos de entes que gocen, a nivel nacional y frente a sus tribunales judiciales ordinarios, de una inmunidad personal absoluta. Pueden existir criterios materiales –no orgánicos– que excluyan del control judicial y arbitral parcelas de algunas controversias o asuntos discretos, pero no a personas jurídicas en forma amplia.

iv) La inmunidad soberana doméstica de ejecución tiene su base jurídica próxima en la inalienabilidad de bienes del dominio público. La inmunidad doméstica de ejecución es particularmente relevante en el Derecho occidental (*Western Laws*) Romano–Germánico dada su concepción del Derecho administrativo. Las leyes nacionales no deben llevar a extremos la inmunidad soberana doméstica de ejecución, con el pretexto de dar prevalencia a un interés general. El derecho de

acceso a la justicia, protegido por las Constituciones con vigencia contemporánea, requiere que la inmunidad de ejecución no se extienda a bienes del dominio privado, no afectos al funcionamiento de servicios público ni a actividades *iure imperii*, aun cuando su propietario o poseedor sea una persona estatal de Derecho público. La India merece mención especial como jurisdicción progresista de avanzada en estos asuntos.

v) Siguiendo la línea del Derecho administrativo en el grupo romano-germánico, consideramos que pueden justificarse y aceptarse constitucionalmente normas o procedimientos especiales que otorguen oportunidades distintas de procedimientos de ejecución ordinaria para que personas estatales den cumplimiento voluntario a sentencias judiciales o laudos arbitrales. Tales procedimientos especiales deben ser racionales y no exageradamente largos ni onerosos y, en última instancia, ante la reticencia o contumacia del condenado, deben permitir la verdadera ejecución forzosa dentro de los parámetros que hemos esbozado. Es decir, deben reconocer real eficacia a la responsabilidad patrimonial de entes estatales.

vi) En la inmunidad soberana extranjera también puede diferenciarse la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución, aunque ambas estén más estrechamente relacionadas que en la inmunidad soberana doméstica. La inmunidad de jurisdicción presupone y conlleva la inmunidad de ejecución, pero no viceversa: un ente gubernamental puede no tener inmunidad de jurisdicción pero, sin embargo, algunos de sus bienes pueden estar protegidos por inmunidad de ejecución. A nivel internacional, la inmunidad de jurisdicción es la regla general, pero hay excepciones significativas. Bajo dichas excepciones, no existe inmunidad de jurisdicción con respecto a actividades comerciales de Derecho privado (*iure gestionis*), ni inmunidad de ejecución sobre bienes o activos utilizados o tenidos para tales actividades en las que no se involucre el *ius imperium*. Adicionalmente, la inmunidad soberana puede ser renunciada válidamente por el ente gubernamental, bien sea *a priori* –de manera anticipada y general–, o al momento de consentir en una demanda o ejecución específica. También puede el ente gubernamental designar bienes específicos para ejecución.

vii) En la actualidad, la inmunidad soberana extranjera de jurisdicción ha sido limitada y superada con más energía que la inmunidad soberana extranjera de ejecución. Es decir, en esos campos, la inmuni-

dad de ejecución es un obstáculo más importante para el acceso a la justicia que la inmunidad de jurisdicción. Esa tendencia probablemente se debe a que la ejecución forzosa de sentencias judiciales y laudos arbitrales es más disruptiva y causa mayor interferencia material en actividades de entes gubernamentales que la jurisdicción cognoscitiva.

viii) En arbitraje la inmunidad de jurisdicción es mucho menos relevante que en procedimientos judiciales, pues el consentimiento del ente gubernamental al acuerdo de arbitraje implica o conlleva la aceptación de la jurisdicción del tribunal arbitral. Por otra parte, en el ámbito transnacional los laudos arbitrales se encuentran en una situación como mínimo equiparable o semejante –y, en algunos casos, posiblemente superior (por cuanto varios textos normativos excusan la necesidad de exequátur u homologación)–, a sentencias judiciales con respecto a la inmunidad de ejecución de entes gubernamentales.

Caracas, febrero de 2012

SUMARIO: *Eficacia de la responsabilidad del Estado: inmunidad doméstica y extranjera en la ejecución de sentencias y laudos contra entes estatales.*

Este trabajo se refiere los requisitos para que los principios y normas que fundamentan la responsabilidad patrimonial de Estados soberanos y entes públicos tengan la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera. Se postula que las decisiones jurídicas –sentencias judiciales y laudos arbitrales–, en cuanto a su coercibilidad, deben ser susceptibles de ser llevadas a la práctica aun en contra de la voluntad del agente causante del daño o deudor. Se busca alcanzar definiciones que no sean extremas ni excesivas, y el mínimo grado de variación para identificar el denominador común compartido por los fundamentos y orígenes legales de Derecho occidental (*Western Laws*), subdividido en romano-germánico y anglosajón; Derecho de la Federación Rusa; Derecho islámico; Derecho hindú, y Derecho chino. Se concluye que las leyes nacionales no deben llevar a extremos la inmunidad soberana doméstica ni extranjera de ejecución, con el pretexto de dar prevalencia a un interés general. El derecho de acceso a la justicia, protegido por las Constituciones con vigencia contemporánea, requiere que la inmunidad de ejecución no se extienda a bienes del dominio privado, no afectos al funcionamiento de servicios público ni a actividades *iure imperii*, aun cuando su propietario o poseedor sea una persona estatal.

PALABRAS CLAVE: INMUNIDAD SOBERANA – EJECUCIÓN EXTRANJERA – ARBITRAJE.

ABSTRAC: *Effectiveness of State Responsibility: Domestic and Foreign Immunity in the Enforcement of Judgments and Awards Against State Entities*

This article analyzes the requirements that must be met by principles and norms that fundamnt the civil or monetary liability of sovereign States and state entities in order for the former to achieve their expected goals or desired effects. It is argued that legal decisions (court judgments and arbitral awards), in their binding nature, must the sus-

ceptible of being put into actual practice even against the will of the debtor or the party which caused a damage. Definitions which are not extreme or excessive are sought, along with the minimum degree or variation, to identify the common denominator in jurisdictions of Western Laws (Anglo-Saxon and Roman-Germanic), Soviet Laws, Muslim Laws, Hindu Laws and Chinese Laws. The article concludes that domestic (municipal) laws must not take sovereign immunity, domestic or foreign, to extremes under the pretext of protecting general or public interests. The right to access justice (due process) protected by modern Constitutions requires that immunity of execution not be extended to assets in private domain, not used for public services or iure imperii activities, even when the proprietor of record is a state entity.

KEY WORDS: SOVEREIGN IMMUNITY – ARBITRATION.