

DE ESPALDAS AL DERECHO INTERNACIONAL: COLOMBIA Y LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS

Fecha de recepción: 13 de septiembre de 2006
Fecha de aceptación: 26 de septiembre de 2006

JUAN JOSÉ QUINTANA ARANGUREN*
Embajada de Colombia en EE.UU.**
GONZALO GUZMÁN CARRASCO***
Cavelier Abogados****

RESUMEN

Por norma general, los estados gozan de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de un Estado extranjero. No

* Diplomático colombiano de carrera (ministro consejero), LL.M. *cum laude* en derecho internacional público de la Universidad de Leiden (Holanda). Actualmente desempeña el cargo de consejero en la Embajada de Colombia ante los Estados Unidos de América. Anteriormente ha desempeñado cargos diplomáticos en Holanda, Bulgaria y Nicaragua y ha sido jefe de tratados y director de política multilateral en la cancillería colombiana. Ha sido profesor de derecho internacional y derecho de los tratados en las universidades Sergio Arboleda y del Rosario y en la Academia Diplomática de San Carlos.

** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana y LL.M. (*with distinction*) en derecho económico internacional de la Universidad de Warwick (Reino Unido). Actualmente se desempeña como abogado asociado en Cavelier Abogados (Bogotá, Colombia) y como profesor del programa *World Trade Organization Law* en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana.

*** 2118 Laroy-place,NW,Washington, D.C. 20008, Estados Unidos.

**** Carrera 4 # 72-35, Bogotá Colombia.

obstante, la costumbre internacional contemporánea ha demostrado que esta regla no es absoluta puesto que tiene importantes excepciones, particularmente cuando el Estado se comporta como cualquier otro individuo, al establecer relaciones comerciales, contratar trabajadores en otro Estado o generar lesiones o daños por los cuales deba responder extracontractualmente. Este artículo presenta una introducción general a esta institución del derecho internacional público, explicando el contenido y alcances de la Convención que en el seno de las Naciones Unidas fue aprobada sobre el tema en el 2004 y analizando esta protección soberana a la luz de las normas y la jurisprudencia colombiana. En la conclusión se plantea la necesidad de que Colombia armonice su práctica con los estándares internacionales sobre la materia y se sugieren unos escenarios para el tránsito de una aplicación absoluta a una relativa de las inmunidades soberanas.

Palabras clave: jurisdicción, inmunidades jurisdiccionales, inmunidades de los estados, inmunidad de ejecución, Convención de las Naciones Unidas.

AGAINST INTERNATIONAL LAW: COLOMBIA AND THE JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF STATE

ABSTRACT

As a general rule, States enjoy jurisdictional immunity before the Courts of a foreign State. Nevertheless, contemporary international custom has shown that this rule has important exceptions, particularly when a State behaves as any other individual, establishing commercial relationships, hiring personnel in a foreign State, or being responsible for torts and damages. This article presents a general introduction to this topic, explaining the contents and scope of the Convention

adopted by the United Nations in 2004 in relation to this issue, and analyzing this protection according to the Colombian laws and jurisprudence. The article concludes addressing the need for Colombia to harmonize its practice with the relevant international standards and suggests different scenarios for making the transit from an absolute theory to a relative one.

Key words: jurisdiction, jurisdictional immunities, state immunities, immunity from measures of constraint, United Nations Convention

I. INTRODUCCIÓN

Una de las manifestaciones clásicas de la soberanía de los estados es el ejercicio de jurisdicción respecto de las personas, naturales y jurídicas, que están presentes en su territorio. Pero tan antiguas como las normas de costumbre internacional que rigen esa cuestión son las normas que contemplan ciertos casos en los que dicha jurisdicción no puede ejercerse, ya que la persona o entidad de que se trate goza de inmunidad, por estar vinculada de alguna manera a un Estado extranjero.

Las inmunidades más conocidas son las que se reconocen a los representantes de los estados —los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares—, pero también existen las que se aplican en forma directa a los jefes de Estado y a objetos como los buques y aeronaves del Estado o, pasando a otros sujetos del derecho internacional, a los funcionarios y representantes de organizaciones internacionales y a las organizaciones mismas.

Existe asimismo la inmunidad del propio Estado, de la cual podemos decir que constituye la forma suprema de la inmunidad de jurisdicción, fundamentada en un principio de largo arraigo en la práctica internacional: *par in parem non habet imperum*. Así como el derecho internacional ha aceptado desde épocas inmemoriales que los representantes o las extensiones de los estados extranjeros no están sujetos a la jurisdicción de los tribunales del Estado, también ha admitido que los propios estados gozan de la misma inmunidad

y no están obligados a comparecer en juicio ante dichos tribunales. Desde este punto de vista, la inmunidad de jurisdicción constituye en esencia un recurso de carácter procesal fundado en la naturaleza de Estado soberano que tiene el demandado.

Hasta bien entrado el siglo XX, este principio de derecho internacional no admitía ninguna excepción: en cada relación jurídica en la cual figuraba un Estado (el Estado del foro) ante cuyos tribunales se interponía una acción en contra de otro Estado (el Estado demandado), dichos tribunales no tenían más recurso que rechazar *in limine* la procedencia de la acción, con fundamento en la norma de derecho internacional general o consuetudinario según la cual los estados extranjeros gozan de inmunidad de jurisdicción. Pero con el incremento de las relaciones comerciales e intercambios económicos de toda índole, la situación comenzó a cambiar y se pasó de un régimen de inmunidad absoluta a uno de inmunidad restringida, bajo el cual la norma general sigue siendo la de la inmunidad, pero se admiten ciertos casos en los cuales, por diferentes razones, ésta se exceptúa y el Estado extranjero queda sujeto a la jurisdicción de los tribunales del Estado del foro, en condiciones idénticas a las de los particulares.

La inmunidad de jurisdicción es un tema del derecho internacional público que debe por fuerza interesar a todos los estados del mundo, puesto que, en la práctica, todos ellos pueden ser en unos casos “Estado demandado” ante tribunales extranjeros, y en otros tantos, “Estado del foro”, con respecto a las actividades que los otros estados desarrollan en su territorio. En otras palabras, en todas las latitudes se dan casos en los que un Estado extranjero es llamado a juicio ante un tribunal de otro Estado, normalmente por un particular que es nacional de dicho Estado. En este caso surge el problema de saber si es legítimo que el primer Estado invoque inmunidad soberana y si el tribunal de que se trate debe reconocer dicha inmunidad —y abstenerse de conocer la demanda—, o debe, por el contrario, rechazar ese alegato y entrar a conocer de la causa.

Por otra parte, la inmunidad de jurisdicción de los estados es un tema en el cual se registra en forma muy acusada la retroalimentación que existe entre las normas del derecho internacional y las normas

del derecho interno de cada Estado. Esto en razón de que, si bien el derecho internacional es el sistema jurídico que determina las normas generales con respecto a si un Estado posee o no inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado, le corresponde al derecho interno —y a los tribunales— de este segundo Estado la tarea de interpretar y aplicar tales reglas¹.

En el presente artículo se busca explorar el tema de la inmunidad de jurisdicción de los estados, tanto desde la perspectiva del derecho internacional como desde la del derecho interno colombiano. En primer lugar, se identifican las fuentes pertinentes y se expone lo que establece el derecho internacional vigente en la materia, con especial énfasis en las normas de carácter consuetudinario que fueron incorporadas en la Convención de las Naciones Unidas de 2004, cuyo objetivo primordial es codificar la materia. Luego, se pasa a explicar la forma como el tema ha sido abordado en el ordenamiento jurídico colombiano, subrayando el marcado contraste que existe entre la práctica internacional y la práctica doméstica. En la parte final se concluye entregando unas recomendaciones sobre la forma de eliminar esta dicotomía en Colombia y asegurar la armonía que debe existir entre los dos sistemas normativos, lo cual es doblemente necesario cuando está en juego un tema de gran importancia práctica para todos los operadores jurídicos.

II. LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Como se dijo, en materia de inmunidad de jurisdicción del Estado la teoría de la *inmunidad absoluta* ya no es de recibo en el derecho internacional y ha sido remplazada por la figura de la *inmunidad restringida*. El *rationale* de esta postura es que, en el mundo contemporáneo, son cada vez más frecuentes los casos en los que los

1 FOAKES, J. & WILMSHURST, E., “UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property”, *Business Law International*, vol. 7, n° 2, 2006, pág.107.

estados actúan en calidad de particulares y no en calidad de entidades soberanas. Cuando se presenta una relación jurídica entre un particular y un Estado que tiene la vocación de estar regida por el derecho privado —como es el caso típico de una transacción comercial— no existe justificación alguna para invocar una regla propia del derecho público, como es la que prevé la inmunidad de jurisdicción. Adicionalmente, si se permitiera que dicha regla sea aplicada en todos los casos, el particular quedaría en una situación de desigualdad y desventaja y se vería privado de los recursos legales que normalmente le ofrece la legislación del Estado donde se ejecutó la transacción o, más generalmente, del Estado que posee jurisdicción sobre la misma.

De esta forma, se abrió camino en la práctica estatal la distinción entre las actuaciones que corresponden al ejercicio de las prerrogativas del poder público del Estado, o *acta jure imperio* y las actuaciones que el Estado realiza en condición similar a la de los particulares, o *acta jure gestionis*. Mientras las primeras siguen cubiertas por la inmunidad de jurisdicción absoluta, según las normas tradicionales, las segundas representan excepciones taxativas a dichas normas, con el resultado de que sobre ellas los tribunales del Estado del foro tienen jurisdicción y pueden entrar a ejercerla sin violar por ello el derecho internacional.

Esta solución ha sido adoptada por la legislación y las decisiones judiciales de muchos estados y se refleja también en los tratados de codificación que se han elaborado, primero en el plano regional y luego en el universal². Sobre esta base, hoy en día no cabe duda de

2 El primer caso en el cual un tribunal concluyó que el carácter comercial de determinada actividad de un buque público lo privaba del derecho a invocar la inmunidad del Estado fue el asunto *The "Charkieh"*, decidido en 1873 por los tribunales ingleses (*The Law Reports, High Court of Admiralty and ecclesiastical Courts*, 1875, vol. IV, pág. 97). Sin embargo, la práctica estatal en esta materia se desarrolló muy lentamente y esta decisión debió ser considerada durante mucho tiempo como un quebrantamiento del derecho internacional vigente, más que como una manifestación de una nueva tendencia. Una muy buena exposición sobre el desarrollo de esta práctica figura en el Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre las inmunidades jurisdiccionales de los estados y de sus bienes, aprobado en 1991 (texto en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1991*, vol. II,

que la principal tendencia en el derecho internacional es la de reconocerle a los estados extranjeros inmunidad de jurisdicción únicamente por los actos *jure imperii* y negársela por los actos *jure gestionis*. Subsisten, sin embargo, unos pocos estados que siguen acogidos a la tesis de la inmunidad absoluta, a pesar del perjuicio evidente que esta postura les ocasiona, tanto en forma directa, cuando algunas de sus actuaciones en el extranjero son sometidas al escrutinio judicial por tribunales de otros estados, como en la persona de sus nacionales, quienes se ven privados de medios de defensa judicial ante sus tribunales en los casos que involucren a estados extranjeros³.

Hay varios ámbitos en los cuales se han producido reglamentaciones parciales de la figura de la inmunidad de jurisdicción del Estado: el ámbito de la legislación interna de varios estados, el de la codificación privada y el internacional. En cuanto al primero, son principalmente los países del sistema anglosajón los que han adoptado legislación de carácter integral al respecto, lo cual a su vez ha servido de modelo para otros países. Las más conocidas son quizá las leyes sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados Unidos (1976)⁴, el Reino Unido

segunda parte, págs. 13-67, [en línea], disponible en: http://untreaty.un.org/ilc/guide/4_1.htm (recuperado en 23/08/06) en adelante "Proyecto CDI 1991"-), comentario al artículo 10, pars. 13) a 25).

- 3 Acogerse a la tesis de la inmunidad absoluta resulta inequitativo y perjudicial para el Estado que lo hace, ya que, por ejemplo, en el caso de una transacción claramente mercantil, si los tribunales del Estado A se abstienen a ejercer jurisdicción sobre un Estado extranjero B, esto sólo puede beneficiar a este segundo Estado (perjudicando, de contera, al particular de A que contrató con B y que por tanto, queda privado de acceso a la justicia), pero cuando se da la situación inversa y el Estado A es llamado a juicio ante los tribunales del Estado B, es altamente probable que éstos admitan la demanda y le den curso, por considerar que se trata de una materia no cubierta por la inmunidad de jurisdicción. Dado el estado de la práctica internacional, es evidente que en casos como este la noción de la reciprocidad no puede invocarse.
- 4 *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Public Law* n° 94-583, 28 U.S.C. 1330, 1332, 1391, 1441, 1602 et seq.; reproducida en *International Legal Materials*, vol.15, 1976, pág. 1388 (en adelante: FSIA).

(1978)⁵ y el Canadá (1982)⁶, las cuales son a grandes rasgos muy similares, aunque como es natural presentan diferencias en aspectos puntuales.

En el plano doctrinal, se destacan los proyectos de codificación elaborados por la Asociación de Derecho Internacional en 1982⁷, por el Instituto de Derecho Internacional en 1991⁸ y por el Comité Jurídico Interamericano en 1983⁹. Este último estaba previsto como la base para una convención interamericana sobre la materia, la cual por diversas razones nunca llegó a materializarse¹⁰.

Finalmente, existen tres tratados multilaterales que se ocupan del tema de la inmunidad de jurisdicción: la muy temprana Convención relativa a la unificación de ciertas reglas concernientes a la inmunidad de los buques de propiedad del Estado, firmada en Bruselas en 1926; la Convención Europea sobre inmunidad del Estado firmada en Basilea en 1972¹¹ y la más reciente Convención de las Naciones

-
- 5 *State Immunity Act*, 1978, HARRIS, D.J., *Cases and Materials on International Law*, 3rd. ed., Sweet & Maxwell, London, 1983, pág. 247 y sigs.; reproducida en *International Legal Materials*, vol. 17, 1978, pág. 1123. Varios países de la *Commonwealth* han expedido legislación que sigue muy de cerca la ley británica de 1978, entre ellos Singapur (1979); Pakistán (1981); Sudáfrica (1981) y Australia (1985).
 - 6 *State Immunity Act, Recueil de Statutes du Canada*, 1985, c. S-18.
 - 7 El proyecto de 1982 (“*the Montreal draft*”) fue revisado en la sesión de Buenos Aires en 1994. (*International Law Association*, Report of the 60th Conference (1982) y Report of the 66th Conference (1994).
 - 8 En ese año el instituto aprobó una resolución titulada “*Contemporary problems concerning the immunity of States in relation to questions of jurisdiction and enforcement*” (Institute of International Law, *Tableau des resolutions adoptées (1957-1991)*, Pedone, Paris, 1992, pág. 220).
 - 9 OEA CP/doc.1352/83 del 30 de marzo de 1983. El texto figura también en *International Legal Materials*, vol. 22, 1983, pág. 292.
 - 10 Véase al respecto HERRERA MARCANO, L., “Proyecto de Convención del Comité Jurídico Interamericano sobre inmunidad de jurisdicción de los estados”, en Comité Jurídico Interamericano, *Curso de derecho internacional*, Washington, OEA, 1986.
 - 11 *European Treaty Series*, n° 74. Texto reproducido en *International Legal Materials*, vol. 11, 1972, pág. 470. Esta convención fue celebrada en el marco del Consejo de Europa y entró en vigor en 1976. A la fecha, ocho países europeos se habían hecho partes.

Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los estados y de sus bienes, aprobada por la Asamblea General de ese organismo el 2 de diciembre de 2004¹². En la siguiente sección se describen las principales disposiciones de esta convención, la cual representa el más reciente e importante logro de las Naciones Unidas en el campo de la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional.

III. LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

A. ANTECEDENTES

Por encargo de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Comisión de Derecho Internacional se ocupó del tema de las inmunidades jurisdiccionales de los estados y de sus bienes entre 1978¹³ y 1991, año en que concluyó sus trabajos con la aprobación de un proyecto de artículos sobre el tema, el cual fue sometido a la consideración de la Asamblea General con la recomendación de que dispusiera la convocatoria de una conferencia de plenipotenciarios encargada de aprobar una convención al respecto. En este órgano, el tema languideció por un tiempo, hasta que fue “resucitado” en 1998, cuando la asamblea estableció un grupo de trabajo de

-
- 12 Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los estados y de sus bienes, Nueva York, 2 de diciembre de 2004 (A/RES/59/38, 16 de diciembre de 2004), [en línea], disponible en: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/478/57/PDF/N0447857.pdf?OpenElement> (recuperado el 23/08/2006). La Convención está abierta a la firma en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York hasta el 17 de enero de 2007, pero los estados que no la firman pueden adherir a ella posteriormente. Entrará en vigor cuando 30 estados la hayan ratificado o hayan adherido a ella.
 - 13 La Asamblea General le encomendó a la CDI ocuparse del tema de las inmunidades jurisdiccionales de los estados en 1977, una vez consideró agotada la tarea de codificación de las inmunidades diplomáticas tradicionales, luego de la aprobación de las convenciones de Viena de 1961 (sobre relaciones diplomáticas); de Viena de 1963 (sobre relaciones consulares); de Nueva York de 1969 (sobre las misiones especiales) y de Viena de 1975 (sobre la representación del Estado en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal).

composición abierta —que luego se convirtió en un comité *ad hoc*— al que se encargó de revisar el proyecto de artículos y producir una nueva versión que fuera susceptible de conducir a un acuerdo general. Luego de solicitar un nuevo estudio de la CDI, en 1999, el comité concluyó sus tareas en 2002 y en diciembre de 2004 la propia asamblea aprobó la Convención, anexando su texto a una resolución que fue negociada por las delegaciones de los estados miembros en el seno de la Sexta Comisión (asuntos jurídicos). Obsérvese que la convocatoria de una conferencia de plenipotenciarios se hizo superflua gracias a que al interior de la Sexta Comisión se produjo la larga y compleja negociación diplomática que normalmente viene después de que culmina la etapa técnica del proceso de codificación, a cargo de la Comisión de Derecho Internacional.

La Convención consta de un preámbulo y 33 artículos, de los cuales 24 son de carácter sustantivo. Incluye también un anexo que según el artículo 25 constituye parte integrante de la Convención y en el cual se consagran unos “entendimientos” que buscan establecer el significado de determinadas disposiciones de la misma.

B. ALCANCES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Según lo dispuesto en su artículo 1, la Convención se aplica

“a la inmunidad de la jurisdicción de un Estado y de sus bienes ante los tribunales de otro Estado”.

La estructura de la Convención es muy simple, ya que, aparte de unas cuantas normas de alcance general o de carácter claramente procesal, consiste básicamente en la enunciación de la norma general en materia de inmunidad (artículos 5 y 6), seguida de una enumeración de las excepciones admitidas a dicha regla. Tales excepciones están relacionadas con aquellos casos en los que, o bien está de por medio el consentimiento del Estado demandado (artículos 7 a 9), o bien se trata de los procesos que se refieren a materias sobre las cuales no se reconoce inmunidad (artículos 10 a

17). Lo anterior está complementado con unas normas particulares dedicadas a regular lo relativo a la inmunidad de ejecución o “inmunidad del Estado respecto de las medidas coercitivas adoptadas en relación con un proceso ante un tribunal” (artículos 18 a 21).

Antes de adentrarse en el estudio de sus principales cláusulas, es conveniente enumerar aquellas situaciones en las cuales la Convención *no se aplica*, ya sea por que están por fuera del alcance de las normas del derecho internacional relativas a la inmunidad de jurisdicción del Estado o porque están regidas por otros sistemas normativos.

Por ejemplo, se entiende generalmente que la Convención no se aplica a actuaciones de carácter penal, debido a que es muy discutible que los estados, como tales, puedan ser objeto de sanciones penales. Si bien no hay ningún artículo de la Convención que establezca esto en forma explícita, en la resolución mediante la cual se aprobó la Convención se incluyó un párrafo según el cual el asamblea general

“Expresa su acuerdo con la interpretación general a que se llegó en el comité especial en el sentido de que la convención (...) no comprende las actuaciones penales”¹⁴.

La Convención se aplica entonces exclusivamente a procesos judiciales en los que se vea involucrado un Estado extranjero y que se refieran a materias diferentes de la penal, como la civil, comercial, laboral, marítima, etc.¹⁵.

14 Resolución AG 59/38, párrafo operativo 2. Véase también el proyecto CDI 1991, comentario al artículo 2, par. 2).

15 Un aspecto relacionado con esto que ha sido objeto de atención reciente, especialmente en el marco de las actividades de la Corte Europea de Derechos Humanos, es el de si los estados pueden escudarse en la inmunidad de jurisdicción para evadir procesamientos cuando está de por medio la violación de normas de *jus cogens*, como la prohibición de la tortura. Sobre esto véanse BARTSCH, K. & ELBERLING, B., “*Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et al v. Greece and Germany Decision*”, *German Law Journal*, vol. 4, n° 5, 2003, pág. 477.

Se marca aquí una gran diferencia con las inmunidades jurisdiccionales aplicables a los representantes de los estados, las cuales ciertamente incluyen la inmunidad de jurisdicción en materia penal, que es de carácter absoluto con respecto a las personas con investidura diplomática y de carácter relativo para los funcionarios consulares¹⁶. Conviene recordar en este contexto que bajo la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas la inmunidad de jurisdicción se extiende únicamente a la persona del agente diplomático y a los miembros de su familia, *pero no a la misión diplomática como tal*, lo cual obedece a que en la Conferencia de Viena de 1961 las delegaciones tuvieron claridad en que una actuación legal o judicial en contra de una misión diplomática es en realidad una actuación en contra del Estado representado por ella y por tanto las misiones diplomáticas no pueden tener una inmunidad de jurisdicción diferente de la de dicho Estado. Como esa Conferencia no tenía dentro de su mandato ocuparse de las cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción de los estados, no es sorprendente que la Convención de 1961 guarde total silencio al respecto.

La Convención (artículo 3) también deja a salvo los diferentes regímenes de inmunidades y privilegios existentes en el derecho internacional, tanto convencional como consuetudinario, en concreto los siguientes:

- a) Privilegios e inmunidades de los representantes de los estados, incluyendo misiones diplomáticas, oficinas consulares, misiones especiales, misiones ante organizaciones internacionales, y delegaciones en órganos de organizaciones o en conferencias internacionales, así como las “personas adscritas a ellas”.

16 Respectivamente, Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas del 18 de abril de 1961, artículo 31 y Convención de Viena sobre relaciones consulares del 24 de abril de 1963, artículo 43.

- b) Privilegios e inmunidades reconocidos *intuitu personae* a los jefes de Estado.
- c) Inmunidad respecto de aeronaves u objetos espaciales de propiedad de un Estado u operados por un Estado¹⁷.

Otra esfera de la actividad del Estado que queda excluida del campo de aplicación de la Convención es la de las actividades militares. Aquí nuevamente, si bien ninguna disposición de la Convención menciona el tema, el entendimiento general es que sus normas no se aplican a las situaciones de conflicto armado, para las cuales puede operar la cláusula de salvaguardia genérica que figura en el preámbulo, según la cual,

“...las normas del derecho internacional consuetudinario seguirán rigiendo las cuestiones que no estén reguladas por lo dispuesto en la presente Convención”¹⁸.

Otra exclusión se refiere a situaciones anteriores a la vigencia de la Convención. En el artículo 4 se consagra que, en virtud del principio de la irretroactividad, sus disposiciones sólo se aplicarán a cuestiones relativas a las inmunidades jurisdiccionales de los estados o de sus bienes que se susciten entre dos estados a partir del momento en que la Convención esté en vigor entre ellos¹⁹.

17 No se incluyen en esta enumeración los buques de propiedad de un Estado o explotados por él porque a ellos se dedica una disposición de la Convención (artículo 16).

18 Proyecto CDI 1991, comentario al artículo 12, par. (10). Véanse también STEWART, D.P., “*The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property*”, *American Journal of International Law*, vol.99, 2005, pág.198 y especialmente nota 19 y FOAKES, J. & WILMSHURST, E., obra citada, pág.119-120.

19 El artículo incluye sin embargo la importante calificación de que ello no afectará “la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en la (...) Convención a las que las inmunidades jurisdiccionales de los estados y de sus bienes estén sometidas en virtud del derecho internacional independientemente de la (...) Convención”. Esta es una fórmula ritual que se puede hallar en todos los convenios de codificación adoptados en el marco de las Naciones Unidas y que busca dejar a salvo la aplicabilidad y vigencia del derecho internacional consuetudinario o común, al margen de las disposiciones de la Convención de que se trate.

Un aspecto final de gran importancia para efectos de determinar con precisión el alcance material de aplicación de la Convención es la definición de “Estado” que finalmente fue adoptada por el Comité Especial e incorporada en el artículo 2, en los siguientes términos:

“1. Para los efectos de la presente Convención:

(...)

b) se entiende por “Estado”:

i) el Estado y sus diversos órganos de gobierno;

ii) los elementos constitutivos de un Estado federal o las subdivisiones políticas del Estado, que estén facultados para realizar actos en el ejercicio de la autoridad soberana y actúen en tal carácter;

iii) los organismos o instituciones del Estado u otras entidades, en la medida en que estén facultados para realizar y realicen efectivamente actos en ejercicio de la autoridad soberana del Estado;

iv) los representantes del Estado cuando actúen en tal carácter.”.

Como se observa, es una definición considerablemente amplia, bajo la cual virtualmente cualquier entidad, institución o persona que esté efectivamente vinculada a un Estado y tenga capacidad para realizar actos de *jure imperii* califica como Estado, a efectos de la aplicación de la Convención.

C. LA NORMA GENERAL SOBRE INMUNIDAD DEL ESTADO Y SU APLICACIÓN

La norma general en la que se basa el régimen establecido por la Convención quedó consagrada en el artículo 5, el cual dispone en forma muy sucinta que los estados gozan de inmunidad de jurisdicción, para ellos y para sus bienes, ante los tribunales de los demás estados, de conformidad con las disposiciones de la Convención.

Hay varios aspectos importantes relacionados con la aplicabilidad de estas disposiciones. Un primer aspecto tiene que ver con la forma como, en la práctica, se debe hacer valer la inmunidad de jurisdicción, lo cual está previsto en el artículo 6, titulado, en forma por demás muy apropiada, “Modos de hacer efectiva la inmunidad del Estado”. Esta disposición complementa y desarrolla la norma general del artículo 5 y le impone una carga considerable al Estado del foro, el cual queda obligado a:

- a) hacer efectiva la inmunidad absteniéndose de ejercer jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado²⁰ y;
- b) “a estos efectos”, velar por que sus tribunales resuelvan de oficio la cuestión del respeto de la inmunidad del otro Estado.

Evidentemente, esta obligación para las autoridades del Estado del foro está ausente en aquellos casos en los que la Convención no reconoce la inmunidad, es decir, de un lado, los casos en los que el Estado demandado consiente voluntariamente al ejercicio de jurisdicción, y del otro, todas aquellas situaciones previstas en la parte III de la Convención. Como lo precisó la CDI:

“Claro está que la obligación de hacer efectiva la inmunidad de los estados que se enuncia en el artículo 6 solamente es aplicable a las situaciones en que el Estado que reivindica la inmunidad tiene derecho a ella en virtud de los presentes artículos”²¹.

Un segundo aspecto que conviene tener en cuenta se relaciona con las excepciones a la norma general que figuran en los artículos que componen la parte III de la Convención (artículos 10 a 17) y tiene que ver con el sistema o sistemas jurídicos aplicables a la

20 En el párrafo 2 de este artículo se definen las condiciones bajo las cuales un proceso ante un tribunal de un Estado “se entenderá incoado contra otro Estado”.

21 Proyecto CDI 1991, comentario al artículo 6, par. 1). Véase también, sobre el primer punto, comentario al artículo 7, par. 3).

cuestión de la jurisdicción. En efecto, coexisten en esta materia normas del derecho interno, del derecho internacional público y del derecho internacional privado, o “normas de conflicto”, ya que la mencionada sección de la Convención descansa sobre la premisa de que el Estado del foro posee válidamente jurisdicción, en primer lugar de acuerdo con las normas del derecho interno de ese Estado y, en última instancia, dependiendo del hecho de

“que la asunción y el ejercicio de dicha jurisdicción no sean incompatibles con ninguna norma fundamental de derecho internacional público”²².

Pero, además, como por definición se trata de relaciones jurídicas con un particular en las cuales interviene un elemento extranjero, es claro que las normas de conflicto aplicables en el Estado del foro son también de gran pertinencia para determinar si los tribunales de dicho Estado son desde un comienzo competentes para conocer de la demanda.

Esto queda explícito en el artículo 10 de la Convención, relativo a las transacciones mercantiles, las cuales constituyen la categoría primordial y más importante de casos en los que no existe inmunidad. En el párrafo 1 de dicho artículo se incluye una referencia a “las normas aplicables del derecho internacional privado”, referencia que se justifica por cuanto en estos casos la asignación de competencia a los tribunales del Estado del foro le corresponde, en primer lugar, a las normas de conflicto vigentes en el país de que se trate, ya sean normas internas, normas de costumbre internacional o normas contenidas en tratados sobre conflictos de leyes de los cuales el Estado sea parte²³. La importancia que tiene este elemento queda subrayada por el hecho de que él vuelve a aparecer en la totalidad

22 Proyecto CDI 1991, comentario al artículo 6, par. 3).

23 En el caso colombiano, pueden ser aplicables, por ejemplo, disposiciones de los códigos Civil y de Comercio, así como los tratados de Montevideo de 1889 y una serie de convenciones adoptadas en el seno de la Conferencia Interamericana sobre derecho internacional privado o CIDIP que han sido ratificadas por Colombia.

de los artículos subsiguientes que componen la parte III de la Convención, bajo la forma de la cláusula que estipula que, en cada uno de los casos regulados en tales disposiciones, los estados extranjeros no podrán invocar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado que sea “...por lo demás competente...”²⁴.

D. LAS EXCEPCIONES (CASOS EN LOS QUE NO SE RECONOCE LA INMUNIDAD)

En línea con lo que admite la práctica estatal, la Convención consagra dos grandes categorías de excepciones a la aplicación de la norma general sobre inmunidad: las de carácter procesal y las de carácter sustantivo. Las excepciones de carácter procesal están representadas por aquellas situaciones en las cuales un Estado que es llamado a juicio ante un tribunal de otro Estado consiente, de manera voluntaria e inequívoca, a que el tribunal competente del Estado del foro ejerza jurisdicción sobre él (renuncia a la inmunidad o *waiver*). La Convención regula en detalle las situaciones en las que este consentimiento es explícito (artículo 7, “Consentimiento expreso al ejercicio de jurisdicción”), así como aquéllas en las que se puede inferir de la actitud que asume el Estado (artículos 8, “Efecto de la participación en un proceso ante un tribunal” y 9, “Reconvenciones”). Estas normas se basan en la presunción generalmente admitida de la inexistencia o falta de consentimiento del Estado contra el cual se pide a un tribunal de otro Estado que ejerza su jurisdicción²⁵, proposición que tiene un corolario cuya alta pertinencia fue señalada por la CDI:

“Si se considera la ausencia de consentimiento como un elemento constitutivo esencial de la inmunidad del Estado, o inversamente, como elemento que inhabilita a un tribunal que en otro caso sería competente para ejercer su jurisdicción, la manifestación de consentimiento por el Estado

24 Véase proyecto CDI 1991, comentario al artículo 10, par. 4).

25 Proyecto CDI 1991, comentario al artículo 7, par. 3) y par. 4).

interesado elimina ese impedimento al ejercicio de la jurisdicción. Con el consentimiento del Estado soberano, el tribunal de otro Estado queda autorizado o facultado para ejercer su jurisdicción en virtud de sus reglas generales de competencia, como si el Estado extranjero fuera un simple particular extranjero que puede demandar y ser demandado del modo usual, sin invocar ninguna doctrina o regla de la inmunidad de los estados o inmunidad soberana”²⁶.

De esta forma, el artículo 7 de la Convención contempla dos párrafos. En el primero se consagra que la aceptación expresa al ejercicio de jurisdicción por un tribunal de otro Estado puede darse de diferentes maneras, tales como las enumeradas allí, es decir, por acuerdo internacional, en un contrato escrito o por una manifestación, oral o escrita, al tribunal. En el segundo párrafo se plasma la norma generalmente aceptada de que el hecho de consentir a la aplicabilidad de una ley doméstica como norma reguladora de un negocio jurídico determinado —a denominada *choice of law clause*—, no conlleva por sí mismo una aceptación con respecto al ejercicio de jurisdicción por los jueces de dicho país²⁷.

En los artículos 8 y 9, por su parte, se regulan las maneras en que un Estado extranjero puede hacer manifiesta su aceptación implícita o tácita al ejercicio de jurisdicción por parte de un tribunal del Estado del foro. En general, se plasman allí las diversas modalidades mediante las cuales un Estado extranjero puede someterse voluntariamente a la jurisdicción de los jueces del Estado del foro, sin necesidad de producir un acto expreso como los regulados por el artículo 7. Son ellos los supuestos de incoación o inicio de un proceso por el propio Estado (artículo 8-1-a), intervención activa en un proceso (art. 8-1-b) y demandas reconventionales conectadas con la demanda principal (art. 9).

26 Proyecto CDI 1991, Comentario al artículo 7, par. 6).

27 En el artículo 20, que figura en la parte IV de la Convención, relativa a la inmunidad de ejecución, se consagra la norma complementaria de que el consentimiento para el ejercicio de jurisdicción otorgado en virtud del artículo 7 no implicará consentimiento para adoptar medidas coercitivas, cuando tal consentimiento se requiera de conformidad con los artículos 18 y 19.

En el párrafo 2 del artículo 8 se consagran otras tantas salvaguardias, que se refieren a casos en los que determinada actuación del Estado extranjero no debe considerarse como un consentimiento tácito al ejercicio de jurisdicción por un tribunal de otro Estado. Se trata de los casos en que el Estado decide intervenir en un proceso con el fin, precisamente, de invocar la inmunidad o hacer valer un derecho o interés sobre un bien; comparece como testigo de un representante suyo, o simplemente opta por la incomparecencia.

Pero la categoría más significativa de excepciones a la norma general es la de aquellos procesos que se refieren a materias con respecto a las cuales la inmunidad del Estado “no se puede hacer valer”²⁸, como lo expresa el título de la parte III de la Convención. Se trata de las excepciones a la regla general que han sido aceptadas de manera progresiva y están bien arraigadas en la práctica estatal contemporánea, de conformidad con la legislación y las decisiones judiciales internas de diversas naciones. Tales excepciones se refieren a las siguientes situaciones: transacciones mercantiles (artículo 10); contratos de trabajo (artículo 11); lesiones y daños (artículo 12); bienes (artículo 13); propiedad intelectual e industrial (artículo 14); participación en sociedades (artículo 15); buques del Estado (artículo 16); y arbitraje (artículo 17).

Por razones de espacio, es imposible entrar a explicar la forma como la Convención de 2004 reguló cada una de estas excepciones. Nos concentraremos entonces en las tres primeras, que son las más importantes y son también aquellas que se presentan con mayor frecuencia en el caso colombiano.

28 Aquí hubo un interesante cambio en la terminología con respecto de la que usó la CDI en su Proyecto de artículos de 1991. En el proyecto, se decía que en esos casos la inmunidad “no puede ser invocada”, mientras que en la Convención se dice que ella “no se puede hacer valer”. La expresión cambió en forma consistente en todos los artículos que forman la parte III de la Convención, pero únicamente en la versión en idioma español.

1. TRANSACCIONES MERCANTILES (ARTÍCULO 10)

Esta es sin duda la más importante excepción a la regla de la inmunidad de jurisdicción de los estados y la que dio origen a la teoría de la inmunidad restringida. Se refiere las transacciones comerciales u operaciones mercantiles, las cuales son, por supuesto, el ejemplo más claro y natural de *acta jure gestionis*.

La distinción entre actos *jure imperii* y *jure gestionis* constituye la piedra de toque del régimen de las inmunidades jurisdiccionales del Estado en el derecho internacional contemporáneo, aunque nunca ha habido total claridad sobre la forma precisa de trazar la distinción entre unos y otros. Es evidente que esta distinción puede obedecer a criterios muy diversos y, por ejemplo, en muchos manuales de derecho internacional se cita el caso hipotético de un Estado que contrata con una compañía privada extranjera la adquisición de implemento destinado a sus fuerzas armadas, por ejemplo botas para los soldados. Si se atiende al criterio de la *naturaleza* de la transacción, no cabe duda de que se trata de una operación mercantil, es decir, *jure gestionis*. Pero si se consulta el criterio de la *finalidad* perseguida por la transacción, puede pensarse que se trata de un acto que sólo podría ser ejecutado por un Estado actuando en ejercicio de su poder soberano, esto es, *jure imperii*²⁹.

En el artículo 2 de la Convención (párrafo 1, literal c) las transacciones mercantiles son definidas de la siguiente manera:

“Para los efectos de la presente Convención:

- c) se entiende por “transacción mercantil”:
 - i) todo contrato o transacción mercantil de compraventa de bienes o prestación de servicios;

29 De manera general, el criterio de la naturaleza es el que prima en la legislación de muchos países industrializados. Es el caso de los Estados Unidos, tanto en su legislación (FSIA, Section 1605(a)(2), como en su jurisprudencia (Republic of Argentina v. Weltover, 504 U.S. 607 (1992) y Saudi Arabia v. Nelson, 507 U.S. 349 (1993)).

ii) todo contrato de préstamo u otra transacción de carácter financiero, incluida cualquier obligación de garantía o de indemnización concerniente a ese préstamo o transacción;

iii) cualquier otro contrato o transacción de naturaleza mercantil, industrial o de arrendamiento de obra o de servicios, con exclusión de los contratos individuales de trabajo”.

Como se observa, la Convención se inclinó a favor del elemento de la *naturaleza* de la operación, como criterio determinante para distinguir las transacciones que constituyen verdaderos actos *juri gestionis*. Sin embargo, el elemento de la *finalidad* u objetivo de la transacción también fue aceptado, como criterio residual que puede ser aplicable, dependiendo de lo que acuerden las partes o de lo que establezca al respecto la práctica del Estado involucrado en la transacción. Esto figura en el párrafo 2 del artículo 2, el cual dispone:

“2. para determinar si un contrato o transacción es una “transacción mercantil” (...) se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción, pero se tendrá en cuenta también su finalidad si así lo acuerdan las partes en el contrato o la transacción o si, en la práctica del Estado que es parte en uno u otra, tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o de la transacción”³⁰.

Según el comentario de la CDI al artículo que dio lugar a esta disposición, la intención era que estos dos criterios se apliquen sucesivamente: en primer lugar, debe considerarse la naturaleza de la transacción y si se comprueba que ella claramente no es de carácter mercantil, se hace innecesario indagar más allá y entrar a examinar cuál puede ser su finalidad. Pero si de la aplicación del criterio de la naturaleza se desprende que la transacción es aparentemente mercantil —como en el ejemplo de las botas para los soldados, ya mencionado anteriormente— el Estado demandado tiene todavía la

30 Esta norma equivale en lo esencial al párrafo 2 del artículo 2 del Proyecto de artículos de la CDI de 1991. La principal diferencia estriba en que en el proyecto no se mencionaba la posibilidad de acuerdo entre las partes sino únicamente la práctica del Estado que es parte en la transacción o el contrato.

posibilidad de impugnar esta conclusión, si se da el caso de que el criterio de la finalidad es pertinente a la luz de su propia práctica interna. La Comisión justificó de la siguiente manera esta doble protección:

“Este doble criterio, que prevé el examen, no sólo de la naturaleza, sino también en ciertos casos de la finalidad del contrato o la transacción, tiene por objeto proporcionar a los países en desarrollo una protección y garantías suficientes, especialmente en sus esfuerzos por fomentar el desarrollo económico nacional. Debe darse a los estados la posibilidad de probar que, con arreglo a su práctica, un determinado contrato o transacción debe reputarse no mercantil a causa de su finalidad claramente pública y basada en una ‘razón de estado’ (...), a condición de que sea práctica de ese Estado concertar tales contratos o transacciones con fines públicos”³¹.

Se desprende de esto que la norma que consagra el empleo del criterio subsidiario de la finalidad para definir cuándo una transacción es de carácter mercantil únicamente tiene sentido si hace referencia a la práctica del Estado *que es parte en la transacción*, es decir el Estado que es demandado ante un tribunal del otro Estado. Como se vio en el texto transcrito atrás, esto está muy claro en la versión en español del párrafo 2 del artículo 2 de la Convención, pero, en forma inexplicable, en las versiones en idioma inglés y francés se habla de, respectivamente, *the practice of the State of the forum* y la *pratique de l’État du for*, lo cual riñe abiertamente con la versión auténtica en español y con los propios antecedentes del artículo³².

31 Proyecto CDI 1991, comentario al artículo 2, par.26)

32 No está nada claro cómo y en qué momento se introdujo este cambio en la redacción del párrafo 2 del artículo 2 de la Convención. En todos los textos previos, comenzando por el Proyecto de artículos de 1991, esta cláusula (en los tres idiomas) hablaba de la práctica del Estado *que fuera parte en el contrato o en la transacción*. Es en el texto aprobado en 2003 por el Comité *ad hoc* que se menciona por primera vez en este contexto —sin ninguna explicación— al Estado del foro, pero, significativamente, esto es así únicamente en las versiones en inglés y francés (United Nations, *Report of the Ad Hoc Committee on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 24-28 February 2003, GA Official Records, 58th Session, Supplement n° 22 (A/58/22)*, pág. 4, [en línea], disponible en http://untreaty.un.org/ilc/guide/4_1.htm (recuperado el 23/08/2006).

Esto puede ser fundamental cuando llegue el momento de aplicar la Convención, puesto que la propia CDI advirtió que el que determina en cada caso el carácter mercantil o no mercantil de un contrato o transacción, “teniendo en cuenta la práctica del Estado demandado”, es el tribunal del Estado del foro y no el Estado demandado³³. Por tanto, si se sigue lo dispuesto en la versión en español de la Convención, dicho tribunal queda obligado a tener en cuenta para ello la práctica del Estado demandado, mientras que si se sigue la versión en inglés o en francés, sólo debe tomar en consideración su propia práctica, la cual en muchos casos no reconocerá la validez del criterio de la finalidad. Más allá de esto, subsiste el delicado problema de que las versiones del artículo 2-2 en los diferentes idiomas en que fue aprobada la Convención —todas igualmente auténticas, según lo dispuesto en el artículo 33— no coinciden en este punto, lo cual podría hacer necesario recurrir al procedimiento de corrección de textos en los tratados multilaterales, el cual no está exento de dificultades³⁴.

En cuanto al artículo 10, en el párrafo 1 se precisa la regla de que en un proceso relativo a una transacción mercantil que en virtud de las normas aplicables del derecho internacional privado deba resolverse por los jueces del Estado del foro, el Estado extranjero que sea parte en ella no disfruta de inmunidad de jurisdicción. En el párrafo 2 se consagran dos situaciones en las cuales dicho Estado conserva su inmunidad, a saber, cuando todas las partes en la transacción son estados (caso en el cual no tiene sentido que una controversia derivada de ella sea resuelta por un tribunal de uno de tales estados ni, mucho menos, por un tribunal de un tercer Estado) y cuando las partes en la transacción acuerdan libremente otro

33 *supra* nota 31.

34 Véase, en general, United Nations, *Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties*, Doc. ST/LEG/7/Rev.1, New York, 1999, págs.12-16, párs. 48-62, [en línea], disponible en <http://untreaty.un.org/ola-internet/Assistance/Summary.htm> (recuperado el 23/08/2006).

mecanismo para resolver las controversias (como puede ser un procedimiento arbitral)³⁵.

En el proyecto de la CDI figuraba un tercer párrafo relacionado con la debatida cuestión de las transacciones que son efectuadas por empresas estatales que tienen personalidad jurídica propia y por tanto, pueden participar en procesos judiciales y administrar bienes, incluidos bienes del Estado al que pertenecen. Se trata de un problema jurídico complejo que en la literatura especializada se conoce como *levantar el velo corporativo* (*piercing or lifting the corporate veil*) y que generó bastante antagonismo en la Sexta Comisión de la Asamblea General. Una de las recomendaciones del Comité Especial a este respecto fue la de simplemente eliminar ese párrafo, dejando la cuestión para que sea resuelta en cada caso por el tribunal competente, pero las delegaciones representadas en la Sexta Comisión decidieron mantenerlo. Dispone simplemente que cuando una de tales empresas intervenga en un proceso relativo a una transacción mercantil en la que ella sea parte “la inmunidad de jurisdicción de que goce ese Estado no resultará afectada”³⁶.

2. CONTRATOS DE TRABAJO (ARTÍCULO 11)

La segunda de las excepciones sustantivas a la inmunidad de jurisdicción se refiere a los contratos de trabajo, los cuales, como se recordará, quedaron excluidos en forma explícita de la definición de *transacción mercantil* contemplada en el párrafo 1, literal d) del artículo 2 de la Convención.

35 Esta excepción se aplica también cuando el particular que contrata con un Estado extranjero pacta de antemano un compromiso de no impugnar un eventual alegato sobre inmunidad de jurisdicción que pueda ser planteado por la contraparte. Sobre esto véase STEWART, obra citada, nota 18.

36 Artículo 10, párrafo 3, *in fine*. Sin embargo, uno de los entendimientos incluidos en el anexo a la convención estipula que este párrafo no prejuzga varias cuestiones específicas, incluyendo “la cuestión del ‘levantamiento del velo de la persona jurídica’”. Una aclaración en el mismo sentido figura en el entendimiento relativo al artículo 19 (véase *infra*, pág. 35, nota 51).

En este tema se vienen presentando un buen número de controversias ante los tribunales internos de distintas jurisdicciones, lo cual obedece a que con la globalización, la aparición de nuevos estados y la proliferación de organismos internacionales, se ha incrementado sensiblemente la presencia que los estados tienen en los otros estados, que se materializa en el establecimiento de misiones diplomáticas, oficinas consulares, agregadurías, oficinas de promoción comercial, misiones permanentes ante las organizaciones internacionales y otras representaciones. Por regla general estas oficinas son dirigidas por personas enviadas por el Estado de que se trate —los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares, básicamente—, pero para su adecuado funcionamiento en el plano técnico y administrativo se requiere también de un recurso humano que es de carácter local, es decir nacionales o residentes permanentes del Estado receptor que entran en una relación laboral con el Estado que envía. Por tanto, es apenas natural que surja una tensión entre los intereses del Estado que envía —asegurar que el funcionamiento de sus oficinas de representación no se vea entorpecido por la ventilación de disputas laborales ante los tribunales locales— y los intereses del Estado receptor—garantizar que los derechos laborales de las personas que residen en su territorio no se vean afectados por las acciones de los estados extranjeros que tienen presencia en dicho territorio. El artículo 11 de la Convención busca establecer un balance entre estos intereses, mediante un compromiso que resultó difícil de obtener y cuyos méritos reales sólo podrán evaluarse una vez comience a ser utilizado en la práctica³⁷.

El artículo comienza con la salvedad “*Salvo que los estados interesados convengan en otra cosa*”, la cual se explica por la primacía que debe tener en estas materias la voluntad de las partes. La norma consta de dos párrafos, en el primero de los cuales se enuncia la regla general según la cual los litigios relativos a contratos individuales de trabajo cuya ejecución debe efectuarse en territorio del Estado del foro, no están cobijados por la inmunidad de

37 Para una evaluación preliminar véase STEWART, obra citada, pág. 202.

jurisdicción. Como se observa, no se exige que el contrato haya sido celebrado en el Estado del foro de que se trate ni que la persona natural tenga determinada condición (como la de ser nacional de este último), sino solamente que la ejecución del mismo se lleve o se vaya a llevar a cabo, total o parcialmente, en el territorio del mismo y, por supuesto, que los tribunales de dicho Estado sean “por lo demás competente[s]”.

En el segundo párrafo se enumeran no menos de seis casos especiales en los que esta norma no se aplica y por tanto el Estado empleador goza de inmunidad plena. Son ellos:

- a. si el trabajador ha sido contratado para desempeñar funciones “*especiales en el ejercicio del poder público*”³⁸;
- b. si el empleado goza de inmunidad diplomática o consular (tal como dicha inmunidad está definida en las convenciones respectivas)³⁹;
- c. si el objeto del proceso es “*la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la reposición de una persona natural*”;
- d. si el objeto del proceso es la destitución o la rescisión del contrato de una persona y dicho proceso menoscaba los intereses de seguridad del Estado, según lo determinen sus autoridades centrales⁴⁰.

38 En el proyecto de artículos se empleaba una expresión ligeramente diferente: “...funciones estrechamente relacionadas con el ejercicio del poder público” (Proyecto CDI, artículo 11, par. 2-a). Un buen ejemplo es el de un empleado administrativo de una embajada que se ocupa del envío o recepción de mensajes cifrados.

39 Esta excepción no figuraba en el proyecto de artículos de la CDI, fue añadida en el comité especial.

40 Esta excepción no figuraba en el proyecto de artículos de la CDI, fue añadida en el comité especial. Según un entendimiento que figura en el anexo a la Convención, los “intereses de seguridad” del Estado empleador se refieren ante todo a los asuntos relativos a la seguridad nacional y a la seguridad de las misiones diplomáticas y las oficinas consulares. También se evocan en este entendimiento varias normas de

- e. si el empleado fuese nacional del Estado empleador en el momento en que se inició el proceso, a menos que esa persona tenga residencia permanente en el Estado del foro⁴¹; o
- f. si el Estado empleador y el trabajador han pactado otra cosa por escrito⁴².

De esta multitud de “excepciones a la excepción” relativa a los contratos de trabajo, quizá la única que amerita mención expresa es la que figura en el literal c), la cual puede tener unos alcances menos amplios de lo que parece, puesto que en el comentario de la CDI al artículo respectivo del Proyecto de 1991 se aclaraba que:

“La regla de la inmunidad se aplica solamente a los procedimientos relativos a la contratación, renovación del contrato, o reposición de un candidato, sin perjuicio de los posibles recursos de que se disponga en el Estado del foro para obtener indemnización o compensación por “despido injusto” o por incumplimiento de la obligación de contratar o de renovar el contrato. En otras palabras, este apartado no impide que un empleado ejercite una acción contra el Estado empleador en el Estado del foro en demanda de indemnización por daños o perjuicios resultantes de la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la readmisión de una persona. (...) el alcance de la excepción se limita a los actos concretos a que se refiere el

las convenciones de Viena de 1961 y 1963, como los artículos 41 y 38 de la Convención de 1961, sobre relaciones diplomáticas o 55 y 71 de la Convención de 1963, sobre relaciones consulares.

- 41 Esta excepción figuraba en el Proyecto de la CDI, pero sin la calificación final relativa a los residentes permanentes del Estado del foro. Por otra parte, en el Comité se eliminó otra categoría de excepciones que figuraba en el Proyecto de 1991, a saber, la de las personas que no fueran nacionales ni residentes permanentes del Estado del foro (Proyecto CDI 1991, artículo 11-2-c). Con respecto a dichas personas, por tanto, se aplica la regla de la no inmunidad.
- 42 Como es natural, esta excepción sólo es viable si se respetan los derechos irrenunciables y el orden público del Estado del foro. Por esta razón, el artículo mismo contempla la salvaguardia adicional de que por motivos de orden público los tribunales del Estado del foro tengan conferida jurisdicción exclusiva, algo que no es inusual en el campo laboral.

apartado y que corresponden legítimamente a la facultad discrecional del Estado empleador⁴³.

3. LESIONES Y DAÑOS (ARTÍCULO 12)

Esta disposición, que también comienza con una salvedad genérica en deferencia a la voluntad de las partes, se refiere al tema de la responsabilidad civil extracontractual y se fundamenta en la idea de que cuando un acto u omisión atribuible a un Estado extranjero causa una lesión a una persona o un daño a sus bienes⁴⁴ en el territorio del Estado del foro, la ley aplicable es claramente la *lex loci delicti commissi* y, por la misma razón, el tribunal más idóneo es uno del Estado en cuyo territorio se cometió el acto o la omisión.

En línea con las tendencias en la práctica internacional, este artículo exige dos condiciones acumulativas para que no se aplique la inmunidad: que el acto u omisión —el cual, a su vez, debe haber causado la muerte, lesiones o daños a una persona natural y debe ser atribuible al Estado extranjero— se haya producido total o parcialmente en el territorio del Estado del foro, y que el autor del acto u omisión se encuentre en dicho territorio en el momento de producirse aquel.

Según la CDI, el siguiente es el *rationale* de esta norma:

“En resumen, el artículo 12 tiene por objeto permitir el desarrollo normal del proceso y proporcionar al individuo que ha sufrido un daño en su persona o en la persona de quien sea causahabiente, o en sus bienes, la posibilidad de ejercer la acción de reparación a que normalmente da derecho ese daño. El derecho a la acción está vinculado al hecho de haberse producido u ocasionado un daño material en el Estado del foro, siempre que en ese momento se encontrara físicamente presente en él el autor del acto o la omisión que ha ocasionado el daño y del cual el Estado es

43 Proyecto CDI 1991, comentario al artículo 11, par. 10).

44 Los denominados *torts* en el derecho anglosajón.

responsable a tenor de a ley del Estado del foro, que es también la *lex loci delicti commissi*⁴⁵.

Deben hacerse dos precisiones sobre la terminología usada en esta disposición. Por un lado, cuando el artículo 12 habla de que el acto u omisión sea “atribuible al Estado” se está refiriendo a actos u omisiones de los agentes o empleados de tal Estado que presuntamente puedan atribuirse a aquél, lo cual excluye actos u omisiones que sean claramente atribuibles a la persona como tal, a los cuales no se aplica la Convención. Por otro lado, se hace mención a la “indemnización pecuniaria”, con el objeto de dejar claro que se excluye cualquier tipo de reparación que no sea de carácter pecuniario⁴⁶.

4. LAS RESTANTES EXCEPCIONES

En los restantes artículos de la parte IV se regula lo relativo a los siguientes casos en los que no se reconoce inmunidad al Estado:

- El Estado extranjero no goza de inmunidad de jurisdicción en aquellos procesos que se refieran a la propiedad, posesión y uso de bienes—muebles, inmuebles y otras propiedades—que estén situados en el territorio del Estado del foro y en los cuales el

45 Proyecto CDI 1991, comentario al artículo 12, par. 9). La CDI hizo notar también que como en la mayoría de los casos las lesiones a las personas o los daños a los bienes a las que se refiere el artículo 12 se refieren a riesgos asegurables, el efecto práctico de esta excepción será el de impedir que una compañía de seguros se escude en la supuesta inmunidad del Estado para eludir su responsabilidad frente a la persona afectada (*ibid*, par. 4).

46 Conviene registrar que la excepción relativa a lesiones o daños es de alcance más amplio que la excepción sobre transacciones mercantiles, en el sentido de que abarca actuaciones realizadas en ejercicio del poder soberano del Estado, lo que significa que la distinción entre actos *jure imperii* y actos *jure gestionis* tiene escasa importancia en el contexto del artículo 12. Véanse FOAKES, J. & WILMSHURST, E., obra citada, pág. 115 y Proyecto CDI 1991, comentario al artículo 12, par. 8).

primero posee un derecho o interés, independientemente de cuál es el origen de dicho derecho o interés (artículo 13).

- El artículo 14 se dedica a una forma especial de propiedad, especificando que, salvo acuerdo en contrario de los estados interesados, las controversias relativas a la determinación de derechos sobre propiedad intelectual o industrial⁴⁷ en las que sea parte un Estado extranjero están sujetas a la jurisdicción de los tribunales del Estado del foro.
- En el artículo 15 se establece que las controversias relativas a la participación de un Estado extranjero en una sociedad constituida o establecida en el Estado del foro o que tenga su sede o su establecimiento principal allí—tenga o no personalidad jurídica propia— y concerniente a las relaciones entre el Estado y la sociedad o entre el Estado y los demás participantes, están sujetas a la jurisdicción de los jueces de aquél.
- El extenso artículo 16 se refiere a un tema propio del derecho internacional marítimo, a saber los procesos *in rem* relativos a la explotación de buques de propiedad del Estado o al transporte de cargamentos en dichos buques.
- Finalmente, en el artículo 17 se consagra el supuesto de lo que se suele denominar la “jurisdicción supervisora” de un Estado con respecto de la institución del arbitraje comercial internacional, en este caso aquel que involucra a un Estado extranjero que celebra un convenio arbitral con una persona privada de dicho Estado⁴⁸.

47 La norma tiene deliberadamente un alcance muy amplio, ya que busca abarcar todas las modalidades conocidas de propiedad intelectual e industrial y por eso habla de patentes de invención, dibujos o modelos industriales, nombres comerciales o razones sociales, marcas de fábrica o de comercio, derechos de autor “...o cualquier otra forma de propiedad intelectual o industrial que goce de protección jurídica...”.

48 Aquí pueden ser pertinentes las disposiciones de dos tratados multilaterales de los cuales Colombia es Estado parte: la *Convención Interamericana sobre arbitraje*

E. LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN

La parte IV de la Convención está dedicada a la inmunidad del Estado respecto de las medidas coercitivas adoptadas en relación con un proceso ante un tribunal. En la mayoría de los casos este problema surge *después* de que se haya despejado la cuestión de si el tribunal del Estado del foro posee sobre el Estado extranjero, o sea si el alegato de inmunidad ha sido rechazado. Sin embargo, la inmunidad de ejecución abarca también medidas interlocutorias o de carácter preventivo, o sea las que un tribunal puede imponer, incluso antes de decidir si posee o no jurisdicción, con respecto a bienes *ad fundandam jurisdictionem*⁴⁹.

La inmunidad de ejecución se contrae por tanto a determinar si, por el hecho de estar situados en el Estado del foro, ciertos bienes de propiedad del Estado extranjero podrían quedar sujetos a medidas coercitivas ordenadas por un tribunal de aquél, tales como embargos, secuestros o ejecuciones. En la práctica, tiene quizá mayor importancia que la propia inmunidad de jurisdicción, tanto para el Estado demandado como para el particular que ha optado por llevarlo a juicio ante un tribunal doméstico. El primero tiene un comprensible interés en no perder control sobre sus bienes, por ejemplo, las cuentas abiertas por su embajada o por su gobierno en bancos del Estado del foro, y el segundo, a su vez, tiene la expectativa razonable de que, si se trata de un proceso en el cual no existe inmunidad de jurisdicción, el tribunal adoptará las medidas necesarias para que una eventual decisión a su favor pueda ser ejecutada y produzca efectos tangibles.

comercial internacional, hecha en Panamá en 1975 y la *Convención sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, hecha en Nueva York en 1958.

49 Proyecto CDI 1991, Comentario introductorio a la parte IV, par. 3). Recuérdese que el título mismo de la Convención apunta directamente a este elemento, ya que se refiere a las inmunidades jurisdiccionales del Estado “y de sus bienes”.

Conciliar estos dos haces de intereses fue muy difícil y constituyó durante un buen tiempo uno de los mayores obstáculos para alcanzar el acuerdo general que haría posible la aprobación de la Convención. Lo que permitió superar el *impasse* al interior del Comité Especial fue establecer un tratamiento diferenciado para las medidas coercitivas *anteriores al fallo* y las medidas *posteriores al fallo*, las cuales figuraban en un pie de igualdad en el proyecto de artículos de la CDI.

El resultado final es que a ambas categorías de medidas se les aplica la misma regla, de carácter esencialmente restringido, pero en el caso de las medidas posteriores al fallo se amplía un poco el espectro de excepciones, es decir, los casos en los cuales determinados bienes del Estado pueden efectivamente ser objeto de medidas coercitivas.

La regla general con respecto a la inmunidad de ejecución figura en los artículos 18 y 19 de la Convención, los cuales establecen que no se podrán adoptar medidas coercitivas contra bienes de un Estado, ni antes ni después del fallo, a menos que se presente una de dos circunstancias alternativas: que el Estado haya dado su consentimiento expreso (por acuerdo internacional, por un acuerdo de arbitraje en un contrato o por una manifestación formal dirigida al tribunal) o que desde un comienzo haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto del proceso. En el artículo 20 se consagra por separado que el consentimiento para el ejercicio de jurisdicción que sea otorgado de conformidad con el artículo 7 de la Convención “no implicará consentimiento para adoptar medidas coercitivas”. Por esto se explica que la CDI haya calificado a la inmunidad de ejecución de “último refugio” o “último baluarte” de la inmunidad del Estado⁵⁰.

En el literal c) del artículo 19, que es aplicable únicamente a las medidas posteriores al fallo, se añade otra excepción, en la cual deben concurrir tres circunstancias acumulativas a saber:

50 Proyecto CDI 1991, Comentario al artículo 18, par. 2).

1. que se haya determinado que los bienes objeto de las medidas “se utilizan específicamente o se destinan a su utilización por el Estado para fines distintos de los fines oficiales no comerciales”;
2. que los bienes se encuentren en el territorio del Estado del foro;
y
3. que los bienes tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso⁵¹.

El artículo 21 complementa esta norma, al enumerar una serie de bienes que, para efectos de lo dispuesto en dicho literal, en ningún caso se podrán considerar como bienes utilizados o destinados para fines “que no sean un servicio público no comercial”, excluyéndolos así de toda presunción de consentimiento en las medidas coercitivas. Se trata de bienes como las cuentas bancarias de las embajadas⁵²; bienes de carácter militar; bienes del banco central o de otra autoridad monetaria; bienes que formen parte del patrimonio cultural o de los archivos del Estado y que no estén destinados a la venta; y bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico y que no estén destinados a la venta⁵³.

-
- 51 Uno de los “entendimientos” que figuran en el anexo a la Convención se refiere al sentido preciso del término “entidad” y al alcance de la expresión “bienes que estén vinculados a la entidad”, utilizadas ambas en esta sección del artículo 19.
 - 52 El precedente clásico a este respecto es un caso ante los tribunales británicos que, precisamente, involucraba las cuentas bancarias de la Embajada de Colombia en Londres (*Alcom Ltd. v. Republica de Colombia* [1984] 2 All ER 6, *International Law Review*, vol. 74, pág. 179).
 - 53 Como el artículo 21 es básicamente un desarrollo de lo dispuesto en el artículo 19, sobre medidas coercitivas posteriores al fallo, debería utilizar la misma redacción que aquél al referirse a bienes que se destinan a fines oficiales y no comerciales. En la versión en idioma inglés de la Convención esto es así, pues en ambos casos se emplea la misma fórmula (“*property...in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes*”). Lamentablemente, en la versión en español del texto que hace fe hay una notoria discrepancia en la terminología que

F. ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO Y *MODUS OPERANDI* DE LA CONVENCIÓN

Por razones de espacio, no es posible reseñar en este artículo las normas de la Convención que integran la parte V (“Disposiciones diversas”), las cuales regulan cuestiones que tienen gran importancia desde el punto de vista de la aplicación práctica de las normas contenidas en ella. Se trata de los artículos 22 (“Notificación de la demanda”); 23 (“Sentencia dictada en ausencia”); y 24 (“Privilegios e inmunidades durante la sustanciación del proceso ante un tribunal”).

Por último, las normas contenidas en la parte VI (artículos 25 a 33) regulan todo lo relativo a la participación en la Convención. El único comentario que cabe hacer al respecto es que se guarda silencio con respecto a la formulación de reservas y, por tanto, los estados que se vinculen a la Convención quedan en libertad para formular reservas, con la única limitación de que ellas no pueden ir contra el objeto y fin de la Convención misma⁵⁴.

IV. LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS EN EL DERECHO COLOMBIANO

A. GENERALIDADES

El tema de la inmunidad de jurisdicción de los estados no ha recibido un tratamiento uniforme en la práctica del derecho internacional público en Colombia. La disparidad en su manejo por parte del

se usa en estos dos artículos para referirse al mismo fenómeno, lo cual sin duda obedece a un imperdonable descuido de las delegaciones hispanoparlantes en la Sexta Comisión: mientras en el artículo 19 se habla de “bienes (que) se utilizan específicamente o se destinan a su utilización por el Estado para fines distintos de los fines oficiales no comerciales”, en el artículo 21 se habla de “bienes utilizados o destinados a ser utilizados específicamente por el Estado para fines que no sean un servicio público no comercial”.

54 Artículo 19 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

gobierno y las cortes colombianas son el reflejo del desconocimiento que impera en relación con un asunto de vital importancia para el adecuado equilibrio entre el mantenimiento de las relaciones internacionales y la protección de los nacionales que realizan transacciones con estados extranjeros o se ven afectados en sus derechos por las acciones u omisiones de éstos. Por otra parte, la doctrina nacional tampoco ha jugado un papel determinante en el estudio del tema ya que, con contadas excepciones⁵⁵, este es un capítulo que suele omitirse en los estudios de derecho internacional o derecho procesal en nuestro país.

Colombia no cuenta con una legislación interna que aborde el tema, ni tampoco ha ratificado alguna convención o tratado que otorgue o restrinja la inmunidad a los estados extranjeros. No obstante, las cortes colombianas no han sido ajenas a este asunto y en más de una ocasión han tenido que pronunciarse al respecto, infortunadamente con poco éxito. La Corte Suprema de Justicia ha sido obstinada defensora de la inmunidad absoluta para los estados y el Consejo de Estado ha dejado las puertas abiertas para que el Estado colombiano responda por las actuaciones u omisiones de otros estados, en virtud de la aplicación de la doctrina del “daño especial”. La Corte Constitucional, afortunadamente, parece haber estudiado el tema más a fondo y ha creado un marco jurisprudencial que abre el camino para que Colombia pueda acogerse a la tesis de la inmunidad restringida de los estados soberanos, a todas luces más conveniente para todos los interesados.

55 Véanse LÓPEZ B., HERNÁN FABIO, *Procedimiento civil*, t. I, 9ª ed., Dupré, 2005, pág. 79; URRUTIA V., CARLOS, “La inmunidad de ejecución del Estado soberano” en *El contrato de arbitraje*, Universidad del Rosario y Legis, 2005, págs. 683-693; y, QUINTANA A., J.J., *Derecho internacional público contemporáneo*, Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2001, págs. 186-187. No obstante, ninguna de estas publicaciones ha abordado en forma exhaustiva el tema, por lo cual el presente artículo aparece como primer referente analítico sobre el estado de la cuestión en Colombia.

El Gobierno colombiano, por su parte, ha sido enfático en la defensa de un enfoque restrictivo respecto a la inmunidad otorgada a los estados extranjeros. Colombia participó activamente en las discusiones que condujeron a la adopción de la Convención de las Naciones Unidas de 2004 y a través de los ministerios de Relaciones Exteriores y Protección Social ha venido defendiendo la tesis de la inmunidad restringida en los tribunales judiciales y directamente ante las misiones diplomáticas y oficinas consulares acreditadas en Colombia.

En las próximas secciones abordaremos el tema desde la óptica colombiana, desarrollando detalladamente lo aquí expresado sobre las posiciones divergentes de las cortes y el Gobierno colombiano. Concluiremos exponiendo las distintas alternativas que existen en nuestro país para la regulación del tema y las dificultades que pueden existir en su adopción y ejecución.

B. LA INMUNIDAD ANTE LAS CORTES COLOMBIANAS

1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La CSJ ha defendido la inmunidad absoluta de los estados al aplicar una interpretación extensiva de las inmunidades diplomáticas y consulares. En distintas ocasiones, la CSJ ha justificado la inadmisión de las demandas contra estados extranjeros de la siguiente manera:

“(…) no solamente los agentes diplomáticos tienen inmunidad y jurisdicción, con las salvedades referidas, sino que también la tienen los estados, según principios y costumbres de derecho internacional, sobre todo porque no resultaría lógico que la tuviere el agente diplomático y no la tuviese el Estado acreditante. Y, por lo demás, se ha sostenido por la doctrina internacional, que los estados deben gozar de inmunidad de jurisdicción, en razón de principios como los de soberanía, independencia e igualdad jurídica”⁵⁶.

56 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, autos del 12 de junio y 12 de agosto de 1992, MP ALBERTO OSPINA BOTERO; y auto del 7 de junio de 1996, expediente 6134, MP RAFAEL ROMERO SIERRA.

La Sala Laboral de esta corporación también ha declarado en distintas ocasiones que,

“ni la Constitución Política, ni disposición alguna del ordenamiento jurídico nacional, le faculta para conocer de procesos entablados contra otros estados”⁵⁷.

Esta argumentación ha dejado en total desprotección a nacionales colombianos al servicio de misiones diplomáticas acreditadas ante el Estado colombiano, algunas de las cuales no cumplen las normas mínimas del derecho laboral local. En el año 2005, sin embargo, una demanda laboral contra una embajada, esta vez contra la de la República Islámica de Irán, dio lugar a la pieza judicial más importante que se ha producido hasta ahora al interior de la justicia ordinaria colombiana en el tema de la relativización de las inmunidades jurisdiccionales de los estados. En esa ocasión, si bien la providencia rechazó la demanda por falta de jurisdicción, el magistrado EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS salvó su voto, dejando plasmadas de forma impecable las razones por las cuales Colombia debería acogerse a la teoría restringida a la inmunidad de los estados extranjeros.

En tal ocasión, el magistrado LÓPEZ puntualizó que,

“he compartido la intelección de la Sala de la aludida Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961, bajo el supuesto implícito de que la inmunidad concedida a los representantes de los estados comprende a los estados mismos, para cuando decide sobre la admisibilidad de la demanda contra estados extranjeros, pero que a mi juicio *debe ser rectificad*a para no quedar de espaldas a la evolución del derecho internacional en estas materias, y en particular, a partir de la Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los estados y sus bienes —sobre relaciones entre estados— de diciembre de 2004.

57 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, acta n° 22 del 5 de junio de 1997, expediente 10009, MP JORGE IVÁN PALACIO PALACIO; acta n° 35 del 14 de agosto de 2000, expediente 15163, MP JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA; acta n° 10 del 13 de marzo de 2001, MP ISAURA VARGAS DÍAZ; y acta n° 41 del 13 de abril de 2005, expediente 25679, MP FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ.

“Bien observo que la Convención de las Naciones Unidas de 2004 aludida no tiene fuerza de vigencia en Colombia, por no estar suscrita y aprobada por nuestro país, pero *sí le concedo valor por ser medio de interpretación de las normas sobre inmunidad jurisdiccional, y más del derecho consuetudinario internacional, al hacer explícito lo que los estados entienden, es la inmunidad que ellos reclaman para sí.*

“*Ciertamente, debe ser diferenciada la inmunidad jurisdiccional de los representantes de los estados, embajadores, cónsules, jefes de misiones especiales, de la de los estados; responden a necesidades, historia y principios diferentes*” (...).

“De esta manera, la Sala no podía, primero, suponer unidad entre el Estado y sus agentes diplomáticos o consulares —como si una argumentación pudiera construirse con silencios sobre asuntos principales— y segundo, hallando la inmunidad de jurisdicción del Estado como una especie diferente, entender que ella procede y así renunciar a juzgar a la República Islámica de Irán” (...).

“El derecho internacional admite, y es la razón por la cual la inmunidad de jurisdicción no se concede de manera absoluta, que *los estados tiene (sic) el deber de proteger los intereses de sus nacionales y a sus residentes permanentes*, de carácter civil, comercial, y con mayor razón cuando son trabajadores que reclaman salarios, prestaciones sociales y de seguridad social”⁵⁸ (bastardilla fuera de texto).

Finalmente, este salvamento de voto puso sobre la mesa otro delicado asunto por el cual también debe reevaluarse la aplicación de la tesis absoluta de las inmunidades jurisdiccionales. Se trata de los principios de la reciprocidad y de la conveniencia nacional, sobre los cuales el magistrado LÓPEZ indicó que,

“Las decisiones judiciales deben estar en consonancia con los principios constitucionales, en especial, el de la reciprocidad y el de la conveniencia nacional, que deben presidir la internacionalización de las relaciones políticas, por mandato del artículo 226 superior, que aquí no se satisfacen por cuanto la Sala al otorgarle a la República Islámica de Irán lo que ella no

58 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, acta n° 41 del 13 de abril de 2005, expediente 25679, salvamento de voto del MP EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS.

le concede a Colombia, por información proporcionada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, es decir esta negativa de jurisdicción —no exactamente porque Colombia haya suscrito la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961, que como ya se dijo nada dispone sobre la materia—, le podría generar un daño especial a los reclamantes cuya reparación podría ser exigida de la nación”⁵⁹.

Lo anterior simplemente materializa el hecho de que el Estado colombiano es y ha sido procesado ante tribunales extranjeros en varios casos, debido justamente a que los jueces de dichos países, actuando a tono con las tendencias de la práctica internacional, han considerado que el alegato de inmunidad soberana planteado por Colombia no era válido, por tratarse de procesos relativos a materias no cubiertas por el concepto de inmunidad jurisdiccional⁶⁰. En la práctica, ante el hecho de que Colombia ha sido procesada y condenada por jueces extranjeros, mientras que los tribunales colombianos no se han mostrados dispuestos a hacer lo propio, difícilmente se puede hablar de que se está asegurando el cumplimiento de un régimen de reciprocidad con respecto al tema de la inmunidad jurisdiccional de los estados. En este sentido, coincidimos con lo expuesto por el magistrado disidente, en el sentido de que en esta materia se configura una violación de lo dispuesto en el artículo 226 de la Constitución Política, el cual ordena que el Estado promueva la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas, pero le exige en forma perentoria que lo haga “sobre bases de *equidad, reciprocidad y conveniencia nacional*”.

Concluyendo el análisis de la posición de la Corte Suprema de Justicia, podemos establecer que este tribunal ha reconocido la diferencia conceptual entre la inmunidad de jurisdicción de los diplomáticos y la de los estados. Sin embargo, ha aplicado la teoría absoluta de las inmunidades para estos últimos, otorgando a estados

59 Ídem.

60 Esta situación se ha presentado en jurisdicciones como Brasil, Alemania, Italia, México, Irán, Suiza, entre otros.

extranjeros un nivel de protección claramente superior al que ellos le brindan a Colombia, en claro desmedro de la protección debida a los nacionales que entran en relaciones jurídicas con dichos estados. El interesante salvamento de voto del magistrado EDUARDO LÓPEZ permite vislumbrar la esperanza de que en el futuro la Corte pueda reevaluar su posición y ajustarla a las tendencias internacionales sobre el tema⁶¹.

2. CONSEJO DE ESTADO

La parte final de la última cita del salvamento de voto del magistrado LÓPEZ, hecha en la sección anterior, refleja las graves consecuencias que tendría la aplicación de la teoría de la inmunidad de jurisdicción absoluta por parte de la CSJ. Los particulares, al no encontrar solución a sus controversias en la jurisdicción ordinaria, han acudido a la jurisdicción contencioso administrativa para buscar reparación a los daños sufridos. La creatividad de las reclamaciones ha llevado a la aplicación de la teoría del “daño especial” para buscar la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por las actuaciones de aquellos a quienes se les ha concedido una inmunidad que nuestra Corte Suprema se empeña en considerar absoluta.

El concepto de daño especial en responsabilidad administrativa se fundamenta en el principio de derecho público de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, según el cual,

“cuando un administrado soporta las cargas que pesan sobre los demás, nada puede reclamar el Estado; pero si en un momento dado debe soportar una carga anormal y excepcional, esa carga constituye un daño especial que la administración debe indemnizar”⁶².

61 Sin embargo, es cierto que el tema de la competencia puede presentar inconvenientes y que los magistrados pueden verse renuentes a aceptar una demanda contra un Estado extranjero no habiendo norma expresa que los faculte para ello. En la última sección de este artículo discutiremos este particular.

62 RODRÍGUEZ R., LIBARDO, *Derecho administrativo general y colombiano*, 12ª ed., Temis, Bogotá, 2000, pág. 405.

De acuerdo al Consejo de Estado, en aplicación de esta teoría,

“Los privilegios que conceda a estados o a sus diplomáticos acreditados, corren a cargo de la nación, y no sería equitativo que revertieran a cargo de una persona en particular. Si del cumplimiento del tratado, que como en el caso particular que nos ocupa deviene para los actores un perjuicio cuya autoría material radica en cabeza de un agente diplomático, la nación colombiana debe asumir las consecuencias patrimoniales derivadas del cumplimiento de sus obligaciones y respecto de las relaciones diplomáticas entre los estados” (...).

“En síntesis, puede afirmarse que el título de imputación jurídica sobre el cual se edifica el juicio de responsabilidad para el Estado, lo constituye el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y presidente de la República), que causa un daño antijurídico, respecto del cual, el administrado no está en el deber de soportar, pues la carga pública que debe ser colectiva, no debe correr a cargo de una persona en particular. De ahí que sea equitativo, imponer al Estado en representación de la sociedad, la obligación de reparar el perjuicio irrogado a los actores. Esta solución no es cosa distinta que el cabal desarrollo y ejecución lógica del principio de la igualdad ante la ley, previsto en el artículo 13 de la CP”⁶³.

Si bien esta decisión del Consejo de Estado se presentó en el contexto de las inmunidades diplomáticas, esta corporación hizo claridad que su tesis se aplica a

“los privilegios que se conceda *a estados* o a sus diplomáticos acreditados”.

Queda abierta la discusión de si estos privilegios que generan un daño especial se limitan a aquellos reconocidos mediante la suscripción de un tratado o convención ratificado por Colombia o si

63 Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ-001, 25 de agosto de 1998, cp JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS. Véanse también radicación IJ-002, 8 de septiembre de 1998, cp DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ; radicación 13945, 19 de octubre de 2000, cp JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS. Debe anotarse que en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca también hay una extensa jurisprudencia en contra de la nación, por los asuntos aquí tratados.

se también aplican directamente cuando una sentencia judicial reconoce una inmunidad absoluta, como en el caso colombiano para las inmunidades de los estados⁶⁴.

Esta jurisprudencia del Consejo de Estado materializa los graves efectos de la defensa de una teoría absoluta para el caso de las inmunidades jurisdiccionales. La responsabilidad del Estado colombiano ha llegado a puntos inmensurables, en donde la nación se ha convertido en el garante único y natural de todas las actividades u omisiones que hagan todas aquellas personas o entidades que son titulares de privilegios e inmunidades en nuestro país. Desafortunadamente, ni siquiera las altas cifras pagadas por indemnizaciones han llamado la atención de los magistrados colombianos para reconsiderar el enfoque que le vienen dando al tema y darle cabida a la teoría restrictiva, que es la que acogen el moderno derecho internacional y la práctica de los estados.

3. CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional, a diferencia de sus pares en la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa, ha tomado partido por la teoría restringida de las inmunidades, en general, y de la inmunidad jurisdiccional, en particular. La Corte, a través de diversos fallos de constitucionalidad, ha sido enfática al expresar que la inmunidad brindada a funcionarios diplomáticos, organismos internacionales y estados tiene límites, particularmente cuando éstos actúan en el

64 Aquí es de vital importancia resaltar un hecho que la Corte Suprema ha ignorado en forma persistente, consistente en que la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas *no consagra la inmunidad de jurisdicción de la misión diplomática como tal*, ya que se limita a reconocer la inmunidad de jurisdicción de la persona del agente diplomático (*supra* págs.12-13). La inmunidad de jurisdicción de los estados no está ni nunca ha estado regulada por la citada Convención de Viena, sino por normas de costumbre internacional que finalmente han sido codificadas y quedaron incorporadas en la Convención de las Naciones Unidas de 2004, analizada en la parte II del presente comentario.

mercado como cualquier otro particular. Así las cosas, la Corte ha expresado que:

“(…) las prerrogativas e inmunidades otorgadas no son, ni pueden ser totales o absolutas, puesto que ningún Estado constitucional estaría en la capacidad jurídica de otorgar plena inmunidad a todo agente de un gobierno extranjero o representante de un organismo de derecho internacional, respecto de cualquier actividad que cumpla en su territorio, pues ello implicaría sacrificar las atribuciones que le competen como Estado libre y soberano para asegurar la defensa de los derechos de las personas sometidas a su jurisdicción. Además, *en el evento de que surja una disputa jurídica entre un habitante del territorio y un Estado que actúa como un particular, podrá apelarse a los mecanismos judiciales consagrados por el ordenamiento nacional e internacional a fin que el conflicto se resuelva según las normas vigentes en el territorio nacional*”⁶⁵ (bastardilla fuera de texto).

Al referirse en forma específica a la inmunidad de jurisdicción de los estados, la Corte señaló que ésta abarca únicamente actos realizados en ejercicio de su poder soberano, lo cual implica necesariamente que para los restantes actos no existe inmunidad:

“(…) debe también precisarse que, en íntima conexidad con el tema de la jurisdicción estatal, pero sin confundirse con él, está el de las inmunidades jurisdiccionales consagradas por el derecho internacional. Éstas, como su nombre lo indica, buscan prevenir que se aplique, sobre una determinada persona o situación, la jurisdicción de un Estado que, de no ser por las calidades de tal persona o situación, podría normalmente asumir competencia; así, constituyen excepciones especiales al principio de la territorialidad. Son, en lo esencial, dos: la inmunidad jurisdiccional de los estados —según la cual éstos *no podrán ser llamados a comparecer frente a los tribunales de una nación extranjera que pretenda enjuiciar sus actos*

65 Corte Constitucional, sentencia C-137 del 9 de abril de 1996, MP EDUARDO CIFUENTES (Al igual que las restantes decisiones de la Corte que se citan a continuación, esta sentencia [en línea], disponible en: <http://www.constitucional.gov.co/corte/> (recuperada el 23/08/2006).

*soberanos—, y la inmunidad de los agentes diplomáticos y consulares (...)*⁶⁶.

En el análisis constitucional de la ley aprobatoria del instrumento constitutivo de un organismo internacional, la Corte realizó una detallada elaboración de la tesis de la inmunidad restringida, demostrando que los jueces de Colombia pueden efectivamente integrarse a las doctrinas, práctica y tendencias internacionales en esta materia. En tal ocasión la Corte señaló que:

“Dicha inmunidad [absoluta] restringe el derecho de acceso a la justicia de los habitantes del territorio, así como las facultades correlativas de jurisdicción de los órganos nacionales. Los bienes comprometidos —el derecho fundamental de acceso a la justicia y la soberanía del Estado— hacen que la cláusula que se analiza deba ser objeto de una interpretación restringida de tal manera que la inmunidad que se concede tenga un alcance relativo. De una parte (sic), debe garantizarse la independencia del Centro y proteger sus bienes y haberes frente a las decisiones arbitrarias. De otra parte (sic), las operaciones o transacciones del Centro que por su propia naturaleza deban someterse a las cláusulas de derecho interno o supranacional y que puedan lesionar derechos reconocidos por el ordenamiento a habitantes del territorio, no pueden estar exentas de reclamación judicial. Si así no fuera, se estaría sacrificando, sin justificación razonable, atributos soberanos del Estado nacional que implican la garantía de derechos fundamentales reconocidos por el orden constitucional, sin que ello resulte necesario para garantizar la legítima independencia del Centro y la integridad de sus bienes.

“Así, por ejemplo, la celebración de contratos mercantiles o la obtención de patentes y otras formas de propiedad intelectual o industrial, deben someterse a las normas internas, supranacionales e internacionales sobre el tema. En estos procesos pueden comprometerse seriamente derechos de habitantes del territorio colombiano y su resolución en justicia no atentaría contra las funciones que el Centro deba realizar de conformidad con los objetivos que proclama el estatuto analizado.

66 Sentencia C-1189/00, del 13 de septiembre de 2000, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 13 (parcial), 15 (parcial) y 17 (parcial) del Código Penal, MP: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

“El Estado colombiano no puede aceptar la inmunidad judicial absoluta (...)”⁶⁷ (bastardilla fuera de texto).

La Corte ha creado entonces una importante línea jurisprudencial que dará sustento al tránsito que Colombia deberá emprender para pasar de la teoría absoluta a la teoría restringida de la inmunidad de los estados. Los jueces ordinarios de nuestro país deberán dar plena validez a las interpretaciones constitucionales aquí aludidas mientras se adoptan normas claras que puedan evitar cualquier negativa de jurisdicciones en aquellos casos en que los estados extranjeros actúan como particulares. La posición de la Corte Constitucional también confirma de antemano la favorabilidad que tendría la Convención de 2004 al momento de ser evaluada por esta entidad, de acuerdo al procedimiento constitucional para la celebración de los tratados internacionales.

C. LA POSICIÓN DEL GOBIERNO

El Gobierno colombiano, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, se ha encargado de defender abiertamente, en foros internacionales y en el ámbito nacional, la aplicación de una teoría restringida en materia de inmunidades jurisdiccionales de los estados. Colombia tuvo una participación activa en la negociación de la Convención de Viena de 2004, llevando incluso la vocería de los países miembros del Grupo de Río durante el 55° período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de noviembre de 2000. En tal ocasión, se instó a la Asamblea a continuar con la negociación de la Convención con el fin de contar con un instrumento normativo internacional, que claramente estaría basado en la teoría restringida. Además, durante los períodos de sesiones 57° (2002), 58° (2003) y 59° (2004), un integrante de la Misión Permanente de Colombia en Nueva York fungió como relator del Comité *ad hoc* de

67 Corte Constitucional, sentencia C-137 del 9 de abril de 1996, MP EDUARDO CIFUENTES.

la Sexta Comisión, en cuyo seno se adelantó la negociación final de la convención.

A nivel doméstico, la Cancillería ha abogado en forma consistente por la aplicación restrictiva de las inmunidades a través de sus contestaciones de demandas por concepto de daño especial frente al Consejo de Estado, a través de los conceptos de la Oficina Asesora Jurídica en distintas instancias y, en conjunto con el Ministerio de Protección Social, con la elaboración y difusión de un manual dirigido a las misiones diplomáticas y consulares acreditadas en Colombia para la adecuada contratación laboral de personal local.

V. CONCLUSIÓN: LA ADECUACIÓN DEL SISTEMA LEGAL COLOMBIANO

En esta parte final del presente artículo buscaremos exponer las diversas maneras en que Colombia puede adecuar su legislación interna para acogerse a la inmunidad restringida de los estados extranjeros. Ellas son esencialmente dos.

El primer escenario es legislar sobre el tema, proyectando y aprobando una ley, tal y como lo han hecho otras naciones y como se mencionó en la primera parte de este estudio. Esta ley deberá estar basada en la práctica y la costumbre internacional, la cual puede encontrarse, sistematizada y condensada, en los trabajos preparatorios y en el texto final de la Convención de 2004.

Sin embargo, dado que la Convención ya existe y está abierta para la firma, no tendría mucho sentido realizar un desgaste legislativo buscando la aprobación de una ley que eventualmente podrá ser remplazada por una Convención internacional. Esto nos conduce a la segunda alternativa, la cual consistiría en la firma y ratificación de la Convención de 2004. Esto le permitiría a Colombia avanzar en el desarrollo del tema en conjunto con otras jurisdicciones, lo que también facilitaría la aplicación e interpretación de los textos jurídicos en consonancia con la práctica mundial.

En todo caso, bajo cualquiera de estas dos alternativas se generan ciertos interrogantes sobre la manera en que se deberá otorgar competencia a las cortes colombianas para conocer de aquellos casos en donde no existe inmunidad para los estados extranjeros. La primera opción es seguir el ejemplo de otros países y consagrar la aplicación en esta materia de las normas generales vigentes sobre competencia de los jueces, bajo el entendido que el Estado extranjero se comporta como cualquier otro particular al realizar actos *jure gestionis*. De esta manera se evitarían diferencias en el trato procesal que tendrían todos los demás individuos que realizan iguales negocios o transacciones. Debe enfatizarse que Colombia, al ser un Estado social de derecho, no puede admitir un tratamiento que deje en desventaja a sus nacionales frente a un Estado extranjero que participa igualmente en el mercado. De hacerlo estaría cercenando el derecho al debido proceso o el principio de igualdad ante la ley y estaría poniendo en juego la vigencia de principios como la doble instancia y el acceso libre a la justicia. Quiere esto decir que, en razón de la cuantía y territorio se definiría qué juez colombiano conocería de la demanda, la cual, bajo este sistema garantizaría la doble instancia y se excluiría cualquier tipo de competencia en razón de la calidad de las partes.

No obstante, esta primera opción, si bien es garante de derechos y principios de orden constitucional y legal, podría no ser bien recibida al generar una desproporcionalidad frente al privilegio jurisdiccional otorgado a los agentes diplomáticos, sobre quienes la Corte Suprema de Justicia tiene competencia en primera y única instancia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 235 de la Constitución Política, en donde se consagran las atribuciones de este ente colegiado. Así las cosas, y con el fin de mantener un equilibrio en el sistema de relaciones internacionales de Colombia, es posible sostener que debería otorgársele competencia a la CSJ para conocer *también* de las demandas en contra de estados extranjeros, algo para lo cual creemos que no sería necesario reformar el mencionado artículo constitucional, ya que el numeral 7 del mismo previó que la Corte podrá tener “las demás atribuciones que señale la ley”. Esto significa que en una ley, pudiendo ser la

misma ley aprobatoria de la Convención⁶⁸, el Congreso podría otorgar la facultad a la CSJ para

“conocer de todos los negocios contenciosos de los estados extranjeros a que haya lugar de conformidad con las normas internas e internacionales sobre la materia”.

Lo cierto es que, cualquiera sea la alternativa, Colombia necesita ponerse a tono con lo que dispone el derecho internacional en materia de inmunidad de jurisdicción de los estados, con el fin de contar con herramientas contemporáneas coherentes que hagan justicia a la manera como se aplican tales normas en las diversas latitudes. La gran cantidad de demandas en contra de estados extranjeros, las cuales están pasando a engrosar la responsabilidad del Estado colombiano, en virtud de la aplicación de la teoría del daño especial, generan una situación que no sólo es inequitativa y nociva para las finanzas públicas sino que representa un atraso considerable con respecto a la forma como el tema viene siendo abordado por los restantes estados que integran la comunidad internacional.

BIBLIOGRAFÍA

BARTSCH, K.; ELBERLING, B., “*Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et al v. Greece and Germany Decision*”, *German Law Journal*, vol.4, n° 5, 2003, pág. 477.

Comité Jurídico Interamericano, proyecto de convención sobre inmunidad de jurisdicción del Estado, documento OEA CP/doc.1352/83 del 30 de marzo de 1983.

68 La Corte Constitucional, a través de sentencia C-390/94, MP FABIO MORÓN, señaló que el principio de la unidad de materia implica que una ley aprobatoria de un tratado debe limitarse a aprobar el o los instrumentos de que se trate, pero en circunstancias especiales el legislador puede en la misma norma añadir o agregar otras regulaciones, siempre y cuando ellas estén relacionadas necesaria, directa y estrechamente con el cumplimiento del convenio.

- FOAKES, J. WILMSHURST, E., “UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property”, *Business Law International*, vol.7, n° 2, 2006, págs.105-123.
- HARRIS, D.J., *Cases and materials on international law*, 3rd. ed., Sweet & Maxwell, London, 1983.
- HERRERA MARCANO, L. “Proyecto de Convención del Comité Jurídico Interamericano sobre inmunidad de jurisdicción de los estados”, en: Comité Jurídico Interamericano, *Curso de derecho internacional*, Washington, OEA, 1986.
- Institute of International Law, *Tableau des resolutions adoptées (1957-1991)*, Pedone, Paris, 1992, pág. 220.
- International Law Association, *Report of the 60th Conference (1982) and Report of the 66th Conference (1994)*.
- LÓPEZ, H.F., “Procedimiento civil”, t. I, 9^a ed., Dupré, 2005.
- Naciones Unidas, Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre las inmunidades jurisdiccionales de los estados y de sus bienes, aprobado en 1991, texto en: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1991*, vol. II, segunda parte, págs13-67 [en línea], disponible en: http://untreaty.un.org/ilc/guide/4_1.htm (recuperado el 23/08/2006).
- Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, Informe del Grupo de Trabajo sobre las inmunidades jurisdiccionales de los estados y de sus bienes, 1999, texto en: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor desarrollada durante su 51 sesión*, 3 de mayo a 23 de julio de 1999, documentos oficiales de la asamblea general, 54 sesión, suplemento n° 10 (Doc. A/54/10).
- Naciones Unidas, *Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties*, Doc. ST/LEG/7/Rev.1, New York, 1999, págs. 12-16, pars. 48-62, [en línea], disponible en: <http://untreaty.un.org/ola-internet/Assistance/Summary.htm> (recuperado el 23/08/06)
- Naciones Unidas, Informe del presidente del grupo de trabajo sobre las inmunidades jurisdiccionales de los estados y de sus bienes, 1999 (Doc. A/C.6/54/L.12, 12 de noviembre de 1999) y 2000 (Doc. A/C.6/55/L.12, 10 de noviembre de 2000).

Naciones Unidas, Proyecto de artículos revisado, aprobado por el Comité Especial sobre inmunidad de jurisdicción de la Sexta Comisión, febrero de 2002, Doc. A/AC.262/L.2 del 11 de febrero de 2002.

Naciones Unidas, *Report of the ad hoc Committee on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 24-28 February 2003, GA Official Records, 58th Session, Supplement n° 22 (A/58/22)*, pág. 4, [en línea], disponible en: http://untreaty.un.org/ilc/guide/4_1.htm (recuperado el 23/08/2006).

Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los estados y de sus bienes, Nueva York, 2 de diciembre de 2004 (A/RES/59/38, 16 de diciembre de 2004), [en línea], disponible en: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/478/57/PDF/N0447857.pdf?OpenElement> (recuperado el 23/08/06)

QUINTANA, J.J., *Derecho internacional público contemporáneo*, Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2001.

RODRÍGUEZ R., LIBARDO, *Derecho administrativo general y colombiano*, 12ª ed., Temis, Bogotá, 2000.

STEWART, D.P., “*The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property*”, *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, págs. 194-212.

URRUTIA V., CARLOS, “La inmunidad de ejecución del Estado soberano” en *El contrato de arbitraje*, Universidad del Rosario y Legis, 2005, págs. 683-693.