

# EL DERECHO PRIVADO DE ESTADOS UNIDOS FRENTE A LA DEUDA EXTERNA

SUMARIO: I. *Introducción*; II. *Doctrinas Pertinentes*; III. *Ejemplos malos y buenos en la jurisprudencia actual*, 1. *Allied Bank International vs. Banco de Crédito Agrícola de Cartago*, 2. *Callejo vs. Bancomer*; IV. *Conclusión*.

## I. INTRODUCCIÓN

La deuda externa de los países latinoamericanos ha ocasionado muchos comentarios. Sin embargo, poco se ha dicho sobre un aspecto que podría interesar a la comunidad jurídica y diplomática: dicha deuda podría provocar una serie de embargos contra cuentas bancarias propiedad de deudores latinoamericanos en los bancos estadounidenses, y otros bienes radicados en el país acreedor.

Como ocurre en muchos conflictos internacionales de índole política o económica, las circunstancias especiales de este problema ponen a prueba leyes y doctrinas jurídicas originadas en el pasado, y que respondían a situaciones distintas de las actuales. Cuando el riesgo es alto o el premio es grande y el sistema jurídico no ha definido aún los intereses de las partes contrarias, como en el caso de la deuda externa, la necesidad de soluciones prácticas obligarán al derecho a evolucionar con rapidez. Eso es lo que está ocurriendo actualmente en los tribunales norteamericanos, debido a las siguientes razones.

Muchos deudores dejan de pagar sus obligaciones a la banca estadounidense porque sus gobiernos imponen controles sobre los pagos en dólares al extranjero. A pesar de ello, las transacciones comerciales de los deudores continúan y, muchos de ellos, efectúan parte de sus operaciones internacionales con base en cuentas bancarias de centros financieros como Nueva York, Miami, y otras ciudades de Estados Unidos. Es casi imposible participar en el comercio internacional sin tener, además de las cuentas bancarias, bienes dentro de Estados Unidos. El hecho no ha pasado desapercibido para los acreedores y sus abogados.

Ante la imposibilidad de no poder cobrar en forma directa, puesto que la legislación nacional de su país no le permite al obligado satisfacer una deuda que él nunca había negado pagar (ni tenía como ne-

gar), los acreedores empezaron a buscar formas unilaterales para exigir sus derechos. Y no tuvieron que ir muy lejos, ya que si interponen una demanda en un tribunal estadounidense y ganan, los acreedores tendrán la posibilidad de ejecutar la sentencia contra bienes locales. En muchos casos existe la posibilidad del embargo preventivo para congelar provisionalmente fondos u otros bienes desde el momento de interponer la demanda. Como arma legal estratégica, el embargo preventivo podría forzar al deudor a transar en la controversia, a fin de no quedarse privado de su dinero u otro patrimonio, durante meses o quizá años, mientras los tribunales resuelven sobre el problema, aunque al final el fallo judicial le sea favorable.

Hasta ahora se han producido docenas de estas demandas contra deudores latinoamericanos, y aún no nos hemos acercado a la solución del problema de la deuda externa, ni hemos creado doctrinas jurídicas definitivas sobre la validez, frente al derecho de Estados Unidos, de los controles cambiarios promulgados por los gobiernos de los deudores. Como ha sucedido en muchos aspectos de las relaciones comerciales entre estadounidenses y latinoamericanos en los últimos años, los únicos que se benefician con las recientes complicaciones son los abogados. En especial, han cosechado millones de dólares en honorarios los bufetes de *Wall Street* y del distrito federal de Washington, y el negocio promete generar mayor lucro para quienes ahora ejercen una especialidad casi inexistente hace quince años.

Aparte del golpe de fortuna para los abogados estadounidenses, los sucesos han puesto de relieve el choque entre los intereses soberanos de los países acreedores y los países deudores. Mejor dicho, está en juego la soberanía de los países deudores, ya que el gobierno de Estados Unidos no interviene directamente en el proceso. Las demandas y los embargos los hacen personas físicas o jurídicas en el ámbito del derecho privado, contra personas de la misma naturaleza, aunque éstas muy a menudo sean entidades del Estado.

El enfrentamiento se produce entre los controles impuestos por las naciones de origen de los deudores y el sistema jurídico de Estados Unidos, supuestamente neutral en la controversia entre las partes. Sin embargo, es necesario evaluar el problema desde el punto de vista del sistema estadounidense, dado que Estados Unidos es un centro financiero y comercial internacional. Conviene, desde luego, aprovechar los servicios disponibles en los bancos norteamericanos, siempre y cuando los fondos deudores, incluyendo los del mismo Estado y sus entidades, permanezcan libres de mayor riesgo.

## II. DOCTRINAS PERTINENTES

¿Existe alguna razón jurídica para exceptuar las deudas de personas latinoamericanas del proceso judicial normal estadounidense? La pregunta ha aguzado el ingenio de los abogados involucrados en el asunto. Al entrar en terreno desconocido es preferible llevar más equipo y no menos, para prevenir cualquier eventualidad. Por lo tanto, han surgido varias teorías sobre el asunto, las cuales le dan definición. Las siguientes doctrinas se han utilizado para tratar de contrarrestar las demandas contra un deudor extranjero, cuyo país le ha embargado el pago:

A) *El Acto de Estado*: en el derecho estadounidense existe la doctrina jurisprudencial de que los tribunales se abstienen de aceptar ciertos casos debido a la separación de poderes.<sup>1</sup> Estos casos corresponden propiamente al poder ejecutivo porque éste maneja las relaciones exteriores. Hay que tener presente, sin embargo, que se trata de una actitud voluntaria del poder judicial, que cede el paso, a pesar de tener jurisdicción formal sobre el asunto. La doctrina del Acto de Estado tiene primacía sobre la jurisdicción formal de los tribunales sobre el caso. En rigor, el tribunal toma conocimiento del asunto y después lo abandona.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> En realidad, los tribunales no han situado la doctrina exclusivamente dentro de la teoría constitucional de la separación de poderes, aunque han declarado que "depende en parte en los principios [constitucionales] de la separación de poderes". *Valle v. Bancomer*, F.2d (2d Cir. 1985). Véase *First National City Bank v. Banco Nacional de Cuba*, 406 U.S. 759, 765 (1972); *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 423, 427-28 (1964). *Contra Occidental of Umm al Qaywayn, Inc. v. A. Certain Cargo of Petroleum*, 577 F.2d 1196, 1200 n. 4 (5th Cir. 1978) (dice que la doctrina tiene base obligatoria en la Constitución).

El problema tiene una aplicación práctica. Si es una doctrina obligada por la norma constitucional, ningún ramo del gobierno puede interferir su aplicación. Si no, cabría flexibilidad en su aplicación, y el ejecutivo podría renunciar a su interés en cualquier controversia dada, dando su visto bueno a una resolución del ramo judicial. Hasta el momento, no han esclarecido el punto en la jurisprudencia estadounidense. Véase *First National City Bank v. Banco Nacional de Cuba*, 406 U.S. 759, 767-69 (voto mayoritario), 787-89 (voto en desacuerdo) (1972).

No obstante las dudas sobre la fuerza constitucional de la doctrina del Acto de Estado, aceptó como acertada una referencia a la separación de poderes en un sentido más amplio. En este sentido general —de que los tribunales nacionales no pueden juzgar casos de Acto de Estado porque resolver conflictos internacionales exigiría a tribunales nacionales desempeñar un papel más allá de su competencia y capacidad— está bien aplicada la figura.

<sup>2</sup> Antes del caso *Sabbatino* en 1964, muchos opinaron que la doctrina del Acto de Estado se basaba en la doctrina de las inmunidades soberanas. Véase *Oetjen v. Central Leather Co.*, 246, U.S. 297, 303 (1918); *Underhill v. Hernández*, 168 U.S. 250, 252 (1897). *Sabbatino* rechazó esa teoría, sin embargo, para arraigar la doctrina en términos prudenciales en vez de jurisdiccionales. 376 U.S. 421-23; *Restatement*

Es una doctrina de abstención tanto federal como estatal.<sup>3</sup>

B) *Inmunidad de Estado*: Desde 1976, existe en Estados Unidos la Ley de inmunidades soberanas extranjeras (FSIA, por su nombre en inglés, *Foreign Sovereign Immunities Act*);<sup>4</sup> su principio básico es que el Estado extranjero y soberano no está sujeto a la justicia nacional de Estados Unidos. Sin embargo, cuando la nación realiza actividades comerciales privadas pierde dicha inmunidad y se somete a la jurisdicción de los tribunales. Al contrario de la doctrina del Acto de Estado, la de inmunidad soberana surge de la norma legislativa y limita la jurisdicción judicial, negando a los jueces el poder de juzgar casos contra Estados soberanos extranjeros.

Quisiera, por supuesto, detallar más la aplicación del acto de Estado y de las inmunidades soberanas extranjeras. Es probable que el problema de la procedencia de las demandas en tribunales estadounidenses contra deudores extranjeros se resuelva con base en estas dos doctrinas, y en el proceso nos enteraremos sobre aspectos relevantes para futuros contactos comerciales y sobre la actividad oficial de los tribunales de Estados Unidos, en cuanto a su poder de juzgar las controversias que necesariamente han de presentarse en el intercambio de bienes y servicios. No obstante, se ha abogado por la aplicación de otras doctrinas para resolver el asunto dentro del derecho estadounidense. Sin embargo, a mi parecer, no son aplicables a las circunstancias aquí consideradas, aunque éstas ayuden a definir su naturaleza legal dentro de un sistema cuya jurisdicción los acreedores tratan de invocar. Dichas doctrinas secundarias son:

C) *Derecho internacional privado*: En algunos casos, se alega que el derecho que rige en el contrato es el del sitio en que se contrae la deuda. Esta teoría, sin embargo, adolece de una debilidad: en los juicios sobre la deuda externa no existe duda alguna en cuanto a la obligación básica, aplíquese el derecho de cualquier país. Las controversias se fundamentan no en las obligaciones contractuales, sino en los posibles derechos soberanos de modificar esas obligaciones después de su

(*Second*) of *Foreign Relations Law of the United States*, sec. 41, com. (e), a las páginas 128-29 (1985). La casualidad de esta sentencia, doce años antes de la promulgación de la Ley de Inmunidades Soberanas Extranjeras, permitió la coexistencia de la doctrina jurisprudencial con la norma legislativa.

<sup>3</sup> Mientras el juicio sea entre particulares, lo podría tratar un tribunal estatal. Si una o más de las partes es entidad del Estado, el juicio corresponde exclusivamente a los tribunales federales. En este caso, la demanda implantada en un tribunal estatal se transfiere al federal del mismo distrito. 28 U.S.C. 1441 (d).

<sup>4</sup> Ley del Congreso Federal No. 94-583, 90 Stat. 2891 (1976). Entró en la recopilación de leyes federales en el título 28 U.S.C. secs. 1330, 1332 (a) (2), (4), 1391 (f), 1441 (d), 1602-1611.

formación. Estos son actos gubernamentales independientes del control de las partes. De todos modos, el sitio en que se contrae la deuda se convierte en un factor importante en el análisis, y suelen decir los comentaristas que la doctrina del Acto de Estado es "una regla del derecho internacional privado llevado a un nivel más alto".<sup>5</sup>

D) *La jurisdicción personal*: en algunos litigios, se alega falta de jurisdicción personal sobre el deudor, ya que a éste le faltan contactos en Estados Unidos y el distrito judicial del tribunal donde se inicia la demanda. Según la garantía constitucional de "debido proceso",<sup>6</sup> no es suficiente el contacto de un simple depósito bancario u otros bienes para sentar jurisdicción personal con todas sus implicaciones de poder sobre la persona.<sup>7</sup> No obstante, las garantías constitucionales estadounidenses amparan a los extranjeros no residentes en forma distinta que a los ciudadanos. Surgen varios factores excepcionales cuando se pone la garantía del debido proceso frente al ejercicio de la jurisdicción personal sobre deudores latinoamericanos.

E) *La quiebra u otras formas de alivio judicial de las obligaciones financieras*: En 1978, la nueva Ley de quiebras<sup>8</sup> reconoció los procesos de quiebra, suspensión de pagos, concurrencias y casos semejantes que existen bajo leyes extranjeras;<sup>9</sup> el poder judicial norteamericano, según norma escrita, tiene que reconocer estos procedimientos extranjeros. La ley se promulgó con la esperanza de que los procedimientos de quiebra en Estados Unidos serían a su turno reconocidos por tribunales extranjeros. A pesar de la referencia general en la Ley de quie-

<sup>5</sup> "In essence, the Act of State doctrine operates as a super choice-of-law, rule, requiring that foreign law be applied in certain circumstances." *Callejo v. Banco-mer*, 764 F.2d [10] (5th Cir. 1985). Véase también *Occidental of Umm al Qaywayn, Inc. v. A Certain Cargo of Petroleum*, 577 F.2d 1196, 1200 n.4 (5th Cir. 1978), cert. denied 442 U.S. 928 (1979); Henkin, "Act of State Today: Recollections in Tranquility", 6 Colum. J. Transnat'l L. 175, 178-70 (1967.)

<sup>6</sup> Constitución política de los EE.UU., enmiendas V y XIV.

<sup>7</sup> El punto es muy discutido en la jurisprudencia norteamericana desde el caso de *Shaffer v. Heitner*, 433 U.S. 186 (1977), en el cual la Corte Suprema declaró que el solo poder sobre los bienes de un demandado no da lugar a un poder jurisdiccional. Conforme a los requerimientos constitucionales definidos en *Shaffer*; el "debido procedimiento" exige consideraciones de equidad e imparcialidad en cuanto a dónde la parte demandante podría llevar a la parte demandada a litigar sus controversias.

<sup>8</sup> 11 U.S.C. secs. 101 *et seq.* La reforma de 1978 efectuó una enmienda global de la Ley de Quiebras. La ley antigua databa de 1898, con enmiendas importantes en 1938.

<sup>9</sup> 11 U.S.C. 304 permite que un deudor en proceso de quiebra o concurrencia en el extranjero puede acudir a un tribunal de Quiebras en Estados Unidos y comenzar un proceso local derivado (*ancillary*) del proceso extranjero, que el tribunal tiene que acreditar.

bras de 1978, los tribunales no han clasificado ningún sistema latinoamericano de control de cambios como alivio o reajuste financiero bajo el rubro de la Ley de quiebras o procesos semejantes.

F) *La Comity, o el reconocimiento amistoso del derecho extranjero*: La formulación de esta doctrina, *comity*, cuyo nombre no tiene traducción directa al castellano,<sup>10</sup> es apenas una posibilidad remota, aun en el mejor de los casos. Dicha doctrina no impone un límite obligatorio a la competencia judicial, como lo imponen la doctrina del Acto de Estado y la FSIA. Entra en forma discrecional, ofreciendo un parecer o consejo jurídico que los jueces estadoundienses pueden acatar, aplicando el derecho extranjero sin tener ningún deber de hacerlo. Mayormente, los tribunales aplican esta doctrina sólo en caso de reciprocidad; o sea sólo si el país extranjero concede al derecho estadounidense las mismas prerrogativas.<sup>11</sup> Aunque no tiene la fuerza de las doctrinas principales, es un antecedente importante para entenderlas, pues las dos son formas de una *comity* reforzada.

### III. EJEMPLOS MALOS Y BUENOS EN LA JURISPRUDENCIA ACTUAL

Quisiera referirme a dos casos recientes en la jurisprudencia estadounidense que podrían demostrar la corriente de las doctrinas en sus extremos y el resultante desacuerdo entre los tribunales federales de circuito. Si el desarrollo del derecho sigue su trayectoria actual, los conflictos jurisprudenciales entre los circuitos proliferarán hasta definir los puntos en desacuerdo. Después la Corte Suprema, cumpliendo su función de tribunal de casación, según la costumbre norteamericana, aceptará la apelación de un caso que utilizará para aclarar la aplicación de las doctrinas soslayadas por las discrepancias entre los tribunales de apelación.

Los casos relativos a la deuda externa y los controles cambiarios están en pleno auge. Quizás los temas se tengan que madurar más, pero considero que los rasgos principales están a la vista. Emergen algunos elementos identificables que nos permiten esbozar un modelo de derecho y comprobar los resultados de los últimos casos contra el patrón

<sup>10</sup> El vocablo *comity*, sin embargo, se asemeja al concepto de "cortesía" en el léxico jurídico castellano.

<sup>11</sup> La *comity* se reconoció por primera vez en la Corte Suprema por el caso de *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), donde se definió así: "El reconocimiento que permite una nación dentro de su territorio a los actos legislativos, ejecutivos, o judiciales de otra nación, con debido respeto al deber y a la conveniencia internacionales y a los derechos de sus propios ciudadanos u otras personas bajo el amparo de su Derecho." *Id.* a 164.

así establecido. Este método demostrará que algunas sentencias carecen de fuerza persuasiva y no sirven, por lo tanto, de jurisprudencia confiable; mientras que otras sentencias iluminan el camino que seguirá la Corte Suprema en su enfoque (proveniente del derecho privado de Estados Unidos) sobre la deuda externa.

Encuadrado el problema, empezamos con una sentencia a mi criterio mal enfocada, que no debe servir como modelo para un análisis futuro.

### 1. *Allied Bank International v. Banco de Crédito Agrícola de Cartago*

Hay dos sentencias en el caso de *Allied Bank International v. Banco de Crédito Agrícola de Cartago*,<sup>12</sup> procedentes del Segundo Circuito. Con sede en Nueva York, el Segundo Circuito tiene fama de contar con los jueces federales de segunda instancia más versados en derecho mercantil, juristas que suelen destacarse por la complejidad de sus sentencias en lo tocante a temas financieros y de negocios. Siempre han aventajado a otros circuitos en la solución de los problemas en este ámbito especializado y, en muchas ocasiones, la doctrina jurídica propuesta por el Segundo Circuito se ha convertido en jurisprudencia para toda la nación. A pesar de la insigne tradición mercantil del Segundo Circuito de Apelaciones, la sentencia dictada por su sala de tres jueces en el caso de *Allied Bank* me convence poco. Quizás aún peor que la sentencia que la forma desacertada como administraron el caso.

A. *Los hechos.* En el caso del *Allied Bank* tres bancos costarricenses habían contraído una deuda a raíz de un préstamo proporcionado por un consorcio de treinta y nueve bancos estadounidenses, europeos y japoneses. El préstamo se había refinanciado una vez, en 1976; los bancos costarricenses, todos del Estado y bajo el control directo del Banco Central, entraron en reemplazo del deudor original y firmaron pagarés en dólares, a pagar en Nueva York. Inclusive, los bancos deudores reconocieron la jurisdicción de los tribunales neoyorquinos sobre cualquier controversia que tuviera que ver con el préstamo.

El gobierno de Costa Rica paralizó los pagos en dólares en 1981, después de iniciar un sistema de control bajo la dirección de su Banco Central. Hasta esa fecha los bancos deudores habían pagado en sus vencimientos, mas una vez que la proscripción legal contra pagos en dólares puso dichos plazos en mora, el consorcio de bancos acreedores inició una demanda para el pago total de la deuda.

B. *Argumentos de las partes.* Los deudores no tenían cómo oponerse a la demanda si ésta no iba más allá de los pagarés y del acuerdo bá-

<sup>12</sup> 733 F.2d 23 (2d Cir. 1984), cambiada por 757 F.2d 516 (2d Cir. 1985).

sico (*side letter agreement*) que definió la deuda y todas sus condiciones. No ofrecieron ningún argumento para contradecir los hechos o su obligación esencial de pagar. Alegaron, en cambio, que la acción estaba fuera de la competencia del tribunal, porque éste carecía de jurisdicción, y porque tenía la obligación de abstenerse y no aplicar dicho poder jurisdiccional en vista de que se trataba de una cuestión que atañía al poder ejecutivo.

En lo referente a la cuestión jurisdiccional los deudores basaron su defensa principal en la Ley de inmunidades soberanas extranjeras. También alegaron la falta de contactos suficientes para crear una jurisdicción personal en Nueva York sobre las personas de los bancos deudores, por no haber sido éstos notificados con suficiente antelación. Los demandados recurrieron a la doctrina del Acto de Estado para, alternativamente, tratar de convencer al tribunal de que no le cabía juzgar un asunto tan cargado de cuestiones políticas que normalmente conciernen al poder ejecutivo.

El Tribunal de primera instancia acogió la defensa del Acto de Estado y reconoció su deber de abstenerse de intervenir en el caso. El consorcio de bancos acreedores apeló el fallo al Segundo Circuito de Apelaciones, y sucedió entonces algo curioso. El Tribunal de segunda instancia afirmó el fallo del tribunal distrital en favor de los bancos costarricenses, pero cambió las bases doctrinales del fallo, arraigando su sentencia en la *comity* (cortesía), defensa que no habían alegado los bancos deudores, y doctrina que sienta poco precedente. De todas las doctrinas en juego, es la *comity* la que menos exige a los tribunales adoptar una regla, ya que se amolda, como si dijéramos, a la sensibilidad de los jueces individuales, sin obligarlos a plantear un análisis con validez o firme influencia jurídica para el futuro.

¿Por qué eligió semejante camino tan ambiguo el Segundo Circuito? No carecía ni de experiencia ni de suficientes razones, por lo cual su fallo causó gran preocupación. El consorcio solicitó que se reconsiderara el caso para cambiar el resultado y revocar el fallo basado en la *comity*. Rara vez acceden los tribunales de apelación a reconsiderar una sentencia, aunque insistan casi rutinariamente en ello las partes perdedoras, porque acceder significa declararse capaz de revocar su propio fallo. En el caso de *Allied Bank*, el Segundo Circuito acogió el pedido de reconsideración y, efectivamente, anuló el primer fallo, y sentenció esta vez en favor de los acreedores.

*C. La Evolución de la doctrina del Acto de Estado.* Las circunstancias especiales del caso que nos aclaran por qué los jueces adoptaron la doctrina de la *comity* en la primera apelación explican también por

qué volvieron a ocuparse del asunto y cambiaron de opinión. La doctrina del Acto de Estado presentaba problemas en el caso del *Allied Bank*. Si bien en sus orígenes la abstención por el Acto de Estado pertenecía al ámbito de discreción judicial (derecho reconocido por primera vez en 1897),<sup>13</sup> este albedrío se hizo mandato por la propia decisión de la Corte Suprema.<sup>14</sup> En otras palabras, técnicamente los tribunales tienen jurisdicción en casos del Acto de Estado, pero siempre y terminantemente se ven obligados a ceder la jurisdicción al ejecutivo.

Ante el Acto de Estado los jueces se quedan casi relegados, sin posibilidades de inmiscuirse en las funciones que pertenecen al ejecutivo, pero les toca a ellos determinar jurídicamente los límites obligatorios de su propio poder, indicando cuándo tienen que abstenerse y cuándo no. Desde 1897 el poder judicial se ha esforzado en definir los límites de su abstención obligatoria basada en el Acto de Estado. A primera vista, había trazas de la *comity* en el Acto de Estado, porque hablaba la Suprema Corte de los principios de "relaciones amigables entre gobiernos"<sup>15</sup> y que "todo Estado soberano tiene que respetar la independencia de otro Estado soberano".<sup>16</sup> Con el tiempo, no obstante, se moderó lo que pudo haber sido un respeto ciego y categórico hacia los actos gubernamentales de Estados extranjeros; una *comity* hecha obligatoria.

El factor que más distinguió la doctrina del Acto de Estado de la doctrina de la *comity* fue el del control territorial. Una doctrina común que fija la jurisdicción en el sitio de la controversia tiene gran sentido práctico. Si todos los elementos están en poder del tribunal estadounidense y éste puede disponer sobre la ejecución de su sentencia, no hay por qué ceder la jurisdicción a otro ramo. Por otro lado, si el tribunal no tiene poder legal, porque los elementos de la controversia —sobre todo los bienes ejecutables pertenecientes a la parte demandada—, están en otro país, es sin duda prudente no interferir en el juicio de un

<sup>13</sup> Enunció la doctrina del Acto de Estado por primera vez en el caso de *Underhill v. Hernández*, 168 U.S. 250 (1897), cuando expresó la Corte Suprema:

"Todo Estado soberano tiene que respetar la independencia de todo otro Estado soberano y los tribunales de un país no sentarán en juicio sobre los actos gubernamentales de otro país hechos dentro de su propio territorio. La recompensa de los daños y perjuicios sufridos en razón de tales actos tiene que obtenerse a través de las medidas abiertas al uso de los poderes soberanos entre sí."

<sup>14</sup> En el sentido de que hasta el instante de reconocer la doctrina, la Corte Suprema guardaba discreción. Una vez comprometida, sin embargo, la doctrina definió una obligación judicial. Valdría comparar este aspecto del Acto de Estado con la *comity*, que nunca cobró la fuerza de una obligación.

<sup>15</sup> *Oetjen v. Central Leather Co.*, 246 U.S. 297, 303-04 (1918).

<sup>16</sup> *Underhill v. Hernández*, 168 U.S. 250, 252 (1897).

asunto cuya ejecución tendrá que buscar el presidente y el Departamento de Estado por la vía diplomática.<sup>17</sup>

El ejemplo clásico de los últimos años fue la expropiación de haciendas azucareras en Cuba a principios de la década de los años 60. Las partes expropiadas trataron de iniciar demandas contra el gobierno de Fidel Castro en los juzgados federales, pero la Corte Suprema rechazó la posibilidad de ejercer su jurisdicción: "El poder judicial no examinará la validez de una expropiación [de propiedad] dentro de su propio territorio por un gobierno extranjero soberano... aun cuando la demanda alegue que la expropiación viola los usos y costumbres del derecho internacional público."<sup>18</sup>

Esta jurisprudencia, iniciada en el famoso caso *Sabbatino*, sentó principios básicos. Pero también creó muchas dudas. En primer lugar, ¿aceptará la Corte Suprema la fuerza extraterritorial de los actos de gobiernos extranjeros? Es decir, podría la doctrina del Acto de Estado admitir que los actos del soberano extranjero tuviesen efectos sobre la propiedad dentro de Estados Unidos? En un principio, la doctrina del Acto de Estado admitió esa posibilidad, siempre y cuando los actos en cuestión estuvieran de acuerdo con el derecho y el interés nacionales.<sup>19</sup>

D. *La teoría de las inmunidades soberanas extranjeras y las actividades comerciales en el Acto de Estado.* Esta ampliación de la doctrina nuevamente se acercó mucho a la *comity*, en el sentido de extender la doctrina obligatoria del Acto de Estado en lo relativo a respetar aún más el derecho extranjero. La vigencia de la extensión extraterritorial fue relativamente breve debido al desarrollo de la doctrina "estricta" sobre las inmunidades soberanas extranjeras, después de la Segunda Guerra Mundial y el advenimiento de las entidades estatales en el comercio internacional. Estrictamente aplicada la doctrina sobre las inmunidades soberanas extranjeras no inmunizará las actividades comerciales de Estados soberanos, ya que ello se prestaría a que países con economía mixta, intervenida o socialista, comercialicen sin responder jurídicamente por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

En los países europeos se hizo esta limitación a la inmunidad soberana relativamente pronto, mientras que el derecho de Estados Unidos

<sup>17</sup> Véase *Tabacalera Severiano Jorge, S.A. v. Standar Cigar Co.*, 392 F.2d 706, 715 (5th Cir. 1968), *cert. denied*, 393 U.S. 924 (1958).

<sup>18</sup> *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 276 U.S. 398, 428 (1964).

<sup>19</sup> Véase *Restatement of Foreign Relations Law of the U.S.* sec. 46 (Borrador Oficial 1962); *United States v. Pink*, 315 U.S. 208 (1942); *United States v. Belmont*, 301 U.S. 324 (1937); *Banco Nacional de Cuba v. Chemical Bank*, 658 F.2d 903 (2d Cir. 1981).

se quedó atrás.<sup>20</sup> Cuando los peritos asesores del Congreso nacional comenzaron a redactar la FSIA, en los principios de la década de los años setenta, corrió la voz entre los abogados conocedores del problema sobre la posibilidad de un punto débil en la doctrina del Acto de Estado. Temían que un gobierno soberano en plena práctica de actividades comerciales, a quien se le niegue la defensa de inmunidad soberana, pudiera ampararse en el Acto de Estado. Para evitar esta posibilidad hubieron de armonizar la teoría de la excepción de actividades comerciales en la FSIA con la doctrina del Acto de Estado.

En 1976, el mismo año en que el Congreso promulgó la FSIA, la Corte Suprema falló en el caso *Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba*: "No debe incluirse en el concepto del Acto de Estado la rescisión de una obligación puramente comercial, deber de un soberano extranjero o de una de sus entidades comerciales."<sup>21</sup> Sin embargo, la excepción comercial radica en una distinción difícil entre actos soberanos y actos comerciales. Cuando hizo la excepción en el caso *Alfred Dunhill*, la Corte Suprema también articuló una definición de actividades comerciales: "En sus facultades comerciales, los gobiernos extranjeros no ejercen prerrogativas peculiares a los Estados soberanos. Al contrario, ejercen únicamente los poderes que igualmente pueden ejercer los ciudadanos particulares."<sup>22</sup> Con esta definición la Corte Suprema sometió la naturaleza del Acto de Estado a escrutinio jurídico, ignorando así su propósito.

E. *Problemas de la Corte con la doctrina del Acto de Estado.* Después de esta evolución, la doctrina del Acto de Estado que tuvo que aplicar el Tribunal del Segundo Circuito de Apelaciones en el momento de resolver *Allied Bank* podría resumirse así: Los tribunales norteamericanos se veían obligados a no recurrir a una jurisdicción técnicamente existente frente a un acto oficial emitido por el Estado soberano extranjero relativo a bienes dentro de su territorio, mientras no intervi-

<sup>20</sup> Vale recordar que Estados Unidos no se unió al Convenio del Derecho Internacional Privado de la Haya hasta el año 1964, y que su tradición en cuanto al derecho internacional privado en América tampoco muestra ni interés ni conocimiento, hasta últimamente. Estados Unidos confiaba en un mercado interno y la importancia de su mercado nacional para presionar a otros países a conformarse al derecho estadounidense como un precio de entrada al comercializar. Recién cuando empezó a perder su hegemonía comercial en los últimos quince años, tuvieron que prestar más atención a la doctrina mundial del derecho internacional privado.

<sup>21</sup> 425 U.S. 682, 695 (1976). El resultado en *Alfred Dunhill* no fue una casualidad. Aunque no era parte, el gobierno federal utilizó la práctica norteamericana de *amicus curiae* (amigos de la corte, interesados en los principios en juego en el caso) y sometió un alegato escrito en apelaciones. El enfoque comercial. La Corte obviamente tomó en cuenta el argumento. Véase *id.* en 698-99, 705-06.

<sup>22</sup> *Id.* en 704.

niesen actividades comerciales asequibles a todo ciudadano particular. Fuera de su territorio el Acto de Estado se aceptaría en el grado en que conformase a las leyes y las políticas estadounidenses nuevamente, salvo en caso de transacciones comerciales.

En el caso de *Allied Bank*, una doctrina con semejantes límites incomodó a la Corte. Al parecer, la sala que recibió la controversia llegó a la conclusión de que la doctrina del Acto de Estado bien aplicada hubiera condenado el control de cambios costarricense a una nulidad en los tribunales norteamericanos; se trataba de transacciones comerciales con sede en Nueva York, y se habían rescindido unilateralmente las obligaciones contractuales a favor de un acreedor estadounidense. No obstante, el poder ejecutivo no solamente parecía estar de acuerdo con las medidas costarricenses, más aún había entablado negociaciones para la refinanciación de la deuda externa del país centroamericano. En peor situación quedó la demanda cuando se supo que del consorcio de treinta y nueve bancos que originalmente la interpuso, todos menos un banco "acreedor pícaro"<sup>23</sup> (el Fidelity Union, de Nueva Jersey) habían aceptado una refinanciación propuesta por los tres bancos deudores. La controversia se habría resuelto, si no fuera por un miembro testarudo del consorcio demandante.

El *Allied Bank*, desde luego, interpuso la apelación de un caso relativamente débil en favor del único banco demandante que continuaba el pleito. A pesar de estas consideraciones prácticas, pareció que los tres jueces de la sala encargados del caso les preocupaba pensar que no había otro remedio, bajo el Acto de Estado, que sentenciar en favor del "acreedor pícaro". La razón básica habría sido que Costa Rica, con sus controles cambiarios pretendió mantener propiedades fuera de su país, y en contra de las leyes de Estados Unidos donde estaban las propiedades. Tal sentencia, a su vez, habría abierto el camino a la ejecución contra los bienes de los bancos costarricenses en Estados Unidos. No se solicitó el amparo de la ley FSIA, de Inmunidades Soberanas Extranjeras, que llegaría a los mismos resultados que la doctrina jurisprudencial del Acto de Estado.

El tribunal se vio en un dilema: quiso aprobar y validar los actos del gobierno de Costa Rica, pero no encontró un camino jurídico para justificar esa conclusión. La única salida que se le ocurrió fue sustentar la rescisión del contrato debido a los controles costarricenses median-

<sup>23</sup> Así lo señaló el alegato escrito por los abogados de los bancos costarricenses: *rogue creditor*. Zaitzeff & Kunz, "The Act of State Doctrine and the *Allied Bank Case*", 40 *Business Lawyer* 449, 475 (1985).

te la doctrina del *comity*. Como se puede apreciar, las alternativas no se delimitaban, ni doctrinal ni prácticamente.

F. *La reconsideración*. No tardaron mucho en apreciar las implicaciones del *Allied Bank* los abogados de los bancos acreedores y del gobierno federal. Pronto empezaron a llegar documentos para apoyar la petición de reconsideración planteada por el demandante que perdió. El mismo presidente de Estados Unidos firmó una carta dirigida al tribunal, negando su apoyo a los controles costarricenses y afirmando que en nada complicaría al poder ejecutivo una sentencia en contra de la ley extranjera.

Quitada su infraestructura de intereses positivos políticos y revelado el impacto negativo en los intereses generales de la clase acreedora, a costa de lograr un resultado justo en el caso específico, el Tribunal de Apelaciones aceptó la reconsideración. Como era de esperarse, modificó su propia sentencia, cambiando el resultado: no tuvo inconveniente en aceptar el litigio bajo su jurisdicción, y en hacer notar que el sitio de la deuda estaba en Nueva York, por los contactos múltiples y la aceptación explícita por parte de los bancos deudores de la jurisdicción de los tribunales neoyorquinos como la competencia resolutoria de cualquier controversia a raíz del préstamo.

La nueva y última sentencia en el caso *Allied Bank* calificó el interés costarricense sólo "hasta donde pueda reformar unilateralmente los términos del pago".<sup>24</sup> Ya que, según la doctrina bien aplicada, los Actos de Estado con efectos extraterritoriales no tendrían validez en Estados Unidos salvo cuando sean compatibles con la política y el derecho estadounidense, virtudes que los tres jueces de la sala de apelaciones no pudieron encontrar en los reglamentos costarricenses, los declararon sin validez ante los tribunales norteamericanos.

Curiosamente, la misma sala del Segundo Circuito, apenas el año anterior, había hallado una analogía saludable entre los controles cambiarios costarricenses y las leyes federales de suspensión de pagos para las empresas en quiebra, en apoyo de su referencia a la *comity*. Aunque esa doctrina es más maleable que el Acto de Estado o la FSIA, también se respalda en cierta coincidencia entre la normación extranjera y las costumbres internas de Estados Unidos. Esta referencia aparentemente tan acertada en la primera vuelta ante el Tribunal de Apelaciones se esfumó en la segunda vuelta ante los mismos hechos.

G. *Resumen*. La sentencia y su razonamiento retrogrado dan vida al dicho norteamericano: "*Hard cases make bad law*" (Los casos difíciles

<sup>24</sup> *Allied Bank International v. Banco Crédito Agrícola de Cartago*, 757 F.2d 516, 522 (2d Cir. 1985).

[duros] crean mala jurisprudencia.) El caso *Allied Bank* representa uno de los pocos ejemplos en que el poder judicial estadounidense, y sobre todo el renombrado y orgulloso Segundo Circuito Federal de Apelaciones, dobló la cerviz ante presiones políticas. Si bien cabrían criterios políticos en el ámbito del Acto de Estado por tratarse de cuestiones cuyas bases son netamente políticas, no son tan evidentes como el giro de 180 grados realizado por la Corte en *Allied*. La sentencia final ilumina muy poco, como si el tribunal no quisiera aumentar su responsabilidad, exponiéndose lo menos posible: "al mal paso darle prisa."

Cito el caso *Allied Bank* y lo analizo en detalle porque quiero demostrar con ello lo complicados que son los controles de cambios ocasionados por la deuda externa frente al derecho estadounidense. Los controles representan términos nuevos, fuera de la jurisprudencia establecida. Sin embargo, no es un rompecabezas sin solución. El derecho estadounidense ha dejado atrás muchas doctrinas secundarias, supeditándolas a las reglas jurisprudenciales del Acto de Estado y a las normas legislativas de la FSIA, notables por la coordinación de sus aplicaciones. Su aplicación exige jueces con conciencia y comprensión más profundas de las que mostró la sala del Segundo Circuito en el caso *Allied Bank*. Fue, a mi parecer, más profundo y detallado un fallo reciente del Quinto Circuito, que servirá quizás de jurisprudencia más confiable sobre la validez del control de cambios latinoamericanos dentro del derecho federal de Estados Unidos.

## 2. *Callejo v. Bancomer*

A. *Los hechos*. El matrimonio Callejo, residente en Dallas, Texas, había invertido gran parte de sus ahorros en certificados de depósito en bancos mexicanos. Adquirieron certificados en diversos bancos, en dólares y pesos, por su propia cuenta y también a nombre de otros tejanos. Los intereses altos y las garantías del gobierno mexicano convencieron a muchos estadounidenses de las ventajas de una inversión segura y que produciría mayores dividendos que los certificados disponibles en bancos estadounidenses.

Exhaustas sus reservas de dólares, México en 1982 congeló los depósitos en moneda estadounidense. Poco tiempo después nacionalizó la banca. Los controles interpuestos decretaron que los depósitos y cuentas hechos en dólares se podían retirar únicamente en pesos al tipo de cambio oficial, casi 65% por debajo del mercado libre. Peor todavía, los pesos no podrían sacarse de México. Frente a una pérdida notable de sus ahorros, que alcanzaban aproximadamente \$ 300,000.00 en Banco-

mer, los Callejo buscaron la forma de recuperar del valor íntegro de su depósito. Sus abogados no demoraron en encontrar unas nutridas cuentas en bancos tejanos pertenecientes a Bancomer, y los embargaron en el momento de iniciar su demanda ante el tribunal estatal. En el mismo día, tuvo lugar la nacionalización de la banca mexicana. Con la nacionalización de Bancomer, el caso pasó al tribunal federal y se levantó el embargo por tratarse de bienes del Estado mexicano, en vez de ser de un banco privado.<sup>25</sup>

B. *Apreciaciones procesales.* En primera instancia, el Tribunal federal distrital de Dallas, Texas, negó ejercer su jurisdicción, citando la Ley de inmunidades soberanas extranjeras (FSIA).<sup>26</sup> En el Tribunal de Apelaciones, el juez Goldberg (en nombre de la sala de tres jueces) redactó una sentencia para confirmar el resultado de la primera instancia, pero cambió por completo la base de dicho resultado. Considero que el análisis que aplicó Goldberg al caso *Callejo* es el más completo sobre la cuestión de los deudores latinoamericanos frente al derecho estadounidense hasta el momento en la jurisprudencia norteamericana. Su sentencia podría servir como síntesis de las varias doctrinas en juego. Redactó una sentencia modelo digna de ser estudiada en detalle para dominar un campo tan difícil. En comparación, demuestra la debilidad de la jurisprudencia creada en el caso *Allied Bank*.

C. *Teoría restrictiva de las inmunidades soberanas extranjeras.* De entrada, el juez Goldberg tuvo que enderezar el camino planteado en primera instancia, donde se resolvió el caso con base en la FSIA. El tribunal distrital decidió que no existía jurisdicción sobre el asunto porque los controles cambiarios emanaron del gobierno soberano de México, y porque los certificados de depósito estaban en bancos del Estado desde el momento de su nacionalización. El tribunal de primera instancia se equivocó al no aplicar bien la FSIA. No consideró que la norma legislativa expresa una "teoría restrictiva de inmunidades soberanas y quita la jurisdicción sólo sobre los actos gubernamentales, así distinguidos de los actos comerciales del soberano extranjero".<sup>27</sup> Es decir, aunque la es-

<sup>25</sup> El cambio de tribunal estatal al federal se realizó en referencia al 28 U.S.C. secs. 1441 (d), 1603 (b), del Código federal de procedimientos civiles.

<sup>26</sup> Aunque no figura en la constancia oficial, ayudó a la comprensión del caso unos antecedentes que saqué en conversación telefónica con el Sr. Robert Wise, de Dallas, abogado de los Callejo. El Sr. Wise señaló que el tribunal distrital de Dallas siguió la letra de una sentencia del tribunal federal distrital de Nueva York, *Frankel v. Banco Nacional de México*, No. 82-6457 (S.D.N.Y. 31 de mayo de 1982). La sentencia en este caso nunca salió publicada en las colecciones oficiales de jurisprudencia, muchas veces es un indicio de debilidad en la redacción o en el análisis que el tribunal mismo prefiere enterrar, aunque el resultado vale entre las partes.

<sup>27</sup> *Braka v. Bancomer*, 589 F.Supp. 1465, 1468 (S.D.N.Y. 1984).

estructura gramatical de la FSIA empieza por establecer el principio de una inmunidad soberana que no admitiría la jurisdicción estadounidense, el efecto global de la ley extiende la jurisdicción que ejercerían los tribunales para incluir todo acto comercial de un gobierno extranjero": "el propósito primario es restringir la inmunidad de un Estado extranjero a aquellos casos en que están en juego sus actos públicos".<sup>28</sup>

En la práctica, como su primer paso para aplicar la FSIA, el tribunal tendría que decidir la naturaleza del acto en cuestión. Sólo en el caso de considerar que se trataba de una medida oficial de carácter exclusivamente público, podría el tribunal declararse sin jurisdicción sobre el caso. Si se trata de un acto comercial del Estado promulgador, hay jurisdicción. Si hay jurisdicción, el deber primordial del tribunal es fallar en la controversia entre las partes.

D. *Actos comerciales*. En este esquema la definición de "actos comerciales" se torna sumamente importante. En ausencia de una definición útil en la norma,<sup>29</sup> los tribunales han aceptado el principio de que son actos comerciales cuando "la actividad en cuestión es una actividad que las partes particulares ordinariamente hacen"<sup>30</sup> y no cae "peculiarmente dentro del ámbito de los gobiernos".<sup>31</sup> En otras palabras, si la actividad que dio lugar a la demanda se pudiera desarrollar perfectamente en el sector privado con fines de lucro, la circunstancia de haberla hecho por el gobierno o una entidad del gobierno no la excluye de la competencia jurisdiccional del ramo judicial en el sistema de Estados Unidos. La definición se armoniza con la planteada para el Acto de Estado en *Alfred Dunhill*.<sup>32</sup>

La FSIA, que bien entendida viene a ser una extensión de la jurisdicción que abarca todas las actividades del soberano, salvo sus activida-

<sup>28</sup> *Texas Trading & Milling Corp. v. Federal Republic of Nigeria*, 647 F.2d 300, 308 (2d Cir. 1981).

<sup>29</sup> La FSIA, sec. 1603(d) dice: "Una 'actividad comercial' quiere decir o un curso regular de conducta comercial o bien una transacción, o bien un acto comercial en especial. El carácter comercial de una actividad se determinará por referencia a la naturaleza del curso de conducta o de la transacción o el acto en particular, en vez de por referencia a su propósito. Varios comentarios han hecho notar que la definición razona en círculo, porque define "comercial" por lo que es "comercial". Véase *Callejo v. Bancomer*, 764 F.2d 1101, 1108 n. 6 (5th Cir. 1985). Efectivamente, la FSIA dejó mucho trabajo a los tribunales; el legislativo, "en vez de dar criterios explícitos", confió en el judicial para desarrollar caso por caso pautas y definiciones para la aplicación de la ley. *Id.* en la p. 1107.

<sup>30</sup> "Jurisdiction of U.S. Courts in Suits Against Foreign States: Hearings on H.R. 11315", 94th Cong., 2d Sess. en la p. 53 (1976).

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Véase *Supra*, nota 20.

des netamente administrativas y políticas,<sup>33</sup> hasta actividades comerciales que:

1. Se llevan a cabo dentro de Estados Unidos;
2. Se llevan a cabo fuera de Estados Unidos, pero surten actos aislados cumplidos dentro de este país;
3. Se llevan a cabo fuera de Estados Unidos con actos cumplidos fuera del territorio de este país, pero con efectos directos dentro de él.<sup>34</sup>

Entonces, el camino apropiado para demandar a un gobierno extranjero ante los tribunales norteamericanos empieza por alegar que la actividad en cuestión es de naturaleza comercial, y que tuvo al menos efectos directos dentro del territorio de Estados Unidos. Este enfoque pone mucho énfasis en "definir con precisión la actividad y el acto conexo con esta actividad que dieron lugar al reclamo del demandante".<sup>35</sup> El tribunal distrital dispuso que la demanda de los Callejo se basaba en la promulgación de los controles cambiarios por el gobierno mexicano. Visto desde este ángulo, la actividad que originó la demanda era exclusivamente gubernamental, dentro de las inmunidades soberanas sustraídas al poder judicial por la FSIA.<sup>36</sup> No obstante, el Tribunal de Apelaciones acertó en definir la actividad básica del juicio como "el incumplimiento de Bancomer de sus obligaciones contractuales frente a los Callejo. . . Aquí, la naturaleza del incumplimiento de Bancomer era comercial, aunque su propósito era cumplir con los decretos soberanos del gobierno mexicano."<sup>37</sup>

E. *El nexo jurisdiccional*. Dado el primer paso, definir una actividad comercial dentro de la norma escrita, los tribunales tienen que esperar otra etapa antes de ejercer su jurisdicción. Hay que encontrar un "nexo jurisdiccional", o contactos suficientes en Estados Unidos para justificar la resolución de la controversia por sus tribunales. Es fácil imaginar actividades comerciales que no impliquen efectos jurisdiccionales en Estados Unidos. Por ejemplo, la venta de los certificados de depósito de

<sup>33</sup> Un buen indicio de este criterio es el hecho que normalmente en el derecho norteamericano el deber de probar los hechos jurisdiccionales cae sobre la parte demandante quien invoca la jurisdicción del tribunal donde comenzó el juicio. Véase *McNutt v. General Motors Acceptance Corp.*, 298 U.S. 178 (1936). En cambio, la FSIA impone el riesgo de la prueba sobre la parte demandada que quiere aprovechar la inmunidad soberana. Véase *Arango v. Guzmán Travel Advisors Corp.*, 621 F.2d 1371, 1378 (5th Cir. 1980); *Braka v. Bancomer*, 589 F. Supp. 1465, 1468 (S.D.N.Y. 1984); de *Sánchez v. Banco Central de Nicaragua*, 515 F. Supp. 900, 903 (E.D. La. 1981).

<sup>34</sup> FSIA, 28 U.S.C. 1605 (a) (2).

<sup>35</sup> *Braka v. Bancomer*, 589 F.Supp. 1465, 1469 (S.D.N.Y. 1984).

<sup>36</sup> Véase *Callejo v. Bancomer*, No. 84-1270 (N.D. Tex. 1984); *Frankel v. Banco Nacional de México*, No. 82-6457 (S.D.N.Y. 31 de mayo de 1983).

<sup>37</sup> *Callejo v. Bancomer*, 764 F.2d 1101, 1109 (5th Cir. 1985).

Bancomer a un cliente en Bolivia será un caso que carece de nexos directos con Estados Unidos. En este caso hipotético, no cabría la demanda en contra de Bancomer en una corte estadounidense por la falta de contacto con esa jurisdicción, aunque los hechos operativos tendrán la naturaleza comercial apropiada para consideración por parte del tribunal.

En el caso *Callejo* el Tribunal no encontró mayores dificultades en hallar suficientes contactos con Estados Unidos. Los efectos directos se establecieron con base en la existencia de efectos "sustanciales, como resultado directo y previsible de la conducta fuera del territorio".<sup>38</sup> Siguiendo estas pautas, la sentencia en *Callejo* se centró en el efecto sustancial del incumplimiento del pago a los demandantes estadounidenses, un resultado directo y fácilmente predecible para el demandado Bancomer, quien buscó la venta de sus certificados de depósito por sus sucursales en Estados Unidos. La presencia de las sucursales en sí, quizás no habría constituido contacto suficiente para crear la jurisdicción; podría haber existido, supongamos, exclusivamente para atender a clientes mexicanos y latinoamericanos. La circunstancia determinante en el caso *Callejo* se encuentra en el hecho de que Bancomer hizo ventas en Estados Unidos a estadounidenses radicados allí. El banco no pudo sostener que le había sorprendido una demanda en un tribunal estadounidense. Por el contrario, en caso de cualquier incumplimiento por su parte, Bancomer habría tenido que pensar en la posibilidad de tal demanda desde el primer instante.

La sentencia del juez Goldberg rechazó el argumento de Bancomer, que abogaba la idea de que mientras el sitio del pago se quedó en México, no podía juzgar su incumplimiento en Estados Unidos. Goldberg, por el Quinto Circuito, describió los propósitos básicos de la FSIA,

Allí donde el interés del Estado extranjero en su independencia es grande, o el interés de los Estados Unidos en imponer su jurisdicción es débil, la FSIA concede la inmunidad soberana para servir nuestro interés mayor en conservar la amistad internacional. En el proceso de mediar en estos intereses competitivos, son mayormente irrelevantes doctrinas arcanas en cuanto al lugar del pago. En el mundo cada vez más complejo de la banca internacional, estas doctrinas indudablemente ejercen una función útil. Sin embargo, al ordenar las rela-

<sup>38</sup> *Restatement II of Foreign Relations Law* sec. 18(b) (ii)-(iii) (1984). Véase también el concepto del debido procedimiento de la ley impuesto por la Corte Suprema en sus sentencias *Shaffer v. Heitner*, 433 U.S. 186 (1977); *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U.S. 286 (1980); *Rush v. Savchuk*, 444 U.S. 320 (1980).

ciones entre Estados soberanos, es apropiada una perspectiva más amplia.<sup>39</sup>

Con este razonamiento el Tribunal de Apelaciones descartó la sentencia del tribunal distrital, aunque no su resultado. La rechazó directamente cuando definió la actividad "base de la demanda" como el incumplimiento del contrato de pagar los certificados en dólares, pero no como la promulgación de los controles mexicanos que hicieron necesario el incumplimiento. La rechazó indirectamente cuando halló suficientes contactos para crear la jurisdicción, una cuestión que no tocó el tribunal de primera instancia porque resolvió el caso con una supuesta falta de actividad comercial.

A diferencia del Segundo Circuito en el caso *Allied Bank*, el tribunal en el caso *Callejo*, cumplió muy acertadamente con su deber de legar una jurisprudencia útil e instructiva. Aportó el juez Goldberg sabor, espíritu y principio en su redacción. Redactó un fallo que servirá de precedente en el buen sentido. Valió para los Callejo y para Bancomer, desde luego, pero también avanzó hacia la comprensión judicial de una norma positiva, la FSIA, que adolece de ambigüedades en su texto. Si bien el Congreso dejó a los tribunales la tarea de afinar sus disposiciones sobre la inmunidad soberana, para aplicarlas en casos concretos, la labor del Quinto Circuito en el caso *Callejo* merece estudiarse.

Sin embargo, no se resolvió el caso *Callejo* al decidir que la FSIA no concede ninguna inmunidad soberana contra la jurisdicción de los tribunales estadounidenses. Dentro de la jurisdicción esperaba la segunda prueba del Acto de Estado, una doctrina jurisprudencial que obliga a los tribunales a abstenerse, a pesar de su jurisdicción bien planteada. Lo que Bancomer no pudo ganar con la doctrina FSIA, logró amparar con la del Acto de Estado.

F. *Acto de Estado*. El caso *Callejo* sirve para distinguir entre la inmunidad aportada por la FSIA y la abstención obligatoria de los tribunales frente a un Acto de Estado. Los propósitos de las dos doctrinas son, a grandes rasgos, similares: atender las relaciones internacionales entre naciones soberanas, un asunto que por su naturaleza corresponde más al ejecutivo que al judicial. Sin embargo, hay singularidades importantes. El caso *Callejo* ilustra mucho sobre el asunto, porque explica cómo la FSIA no impide la demanda, mientras que la doctrina

<sup>39</sup> *Callejo v. Bancomer*, 764 F.2d 1101, 1112 (5th Cir. 1985). Véase *Texas Trading & Milling Corp. v. Federal Republic of Nigeria*, 647 F.2d 300, 311 n.30 (2d Cir. 1981), cert. denied 454 U.S. 1148 (1982).

del Acto de Estado exige la abstención por parte del tribunal. Por aquélla habría juzgado el asunto, por ésta no podía hacerlo.

El juez Goldberg, en la sentencia resolutoria del caso *Callejo*, escribió:

Si la FSIA es una telaraña enredada en ambigüedades legislativas, la doctrina del Acto de Estado es un castillo en el aire. En vez de enfocar estrictamente en la condición de la actividad y el actor objetos de la demanda, examinamos más generalmente los Actos subyacentes del Estado extranjero...<sup>40</sup> Normalmente, un tribunal aplicará el derecho extranjero sólo si es compatible con el orden público del foro... La doctrina del Acto de Estado reconoce, no obstante que, en el contexto internacional, negar la aplicación de un derecho extranjero porque fuese contrario a los conceptos estadounidenses de orden público es indebidamente parroquial y suele insultar al soberano extranjero, perturbando así la política exterior de Estados Unidos.<sup>41</sup>

Partiendo de ese enfoque básico, la Corte tuvo que tomar en cuenta no solamente los actos del demandado (Bancomer), sino cualquier acto del gobierno de México, cuya validez se pondría en duda por juzgar el pleito ante un tribunal de Estados Unidos. La promulgación de los controles cambiarios en absoluto era un acto comercial. Era un acto plenamente soberano correspondiente exclusivamente al gobierno federal de México. Visto en esos términos, el caso no es difícil, pues sentenciar a Bancomer a cumplir con sus obligaciones bajo los certificados viola inevitablemente los reglamentos cambiarios de su gobierno. El uno —reglamento u obligación— tenía que ceder el paso para que el otro siguiera adelante. En caso de conflicto entre la norma particular y la norma soberana, la doctrina del Acto de Estado no ofrece dudas. Prevalece la norma del Estado, siempre y cuando reúna dos elementos más, detallados a continuación.

G. *Los principios del derecho internacional público.* Los Callejo alegaron una serie de argumentos que podrían haber anulado la posición prevaleciente al acto del Estado mexicano. Sostuvieron que los reglamentos mexicanos no podían supeditar las obligaciones contractuales entre las partes porque contravenían los preceptos del derecho internacional público. Efectivamente, el tribunal reconoció esa excepción a la doctrina del Acto de Estado, porque “de esta manera, podríamos revisar Actos de Estados extranjeros sin entrar en la práctica dudosa de evaluarlos contra las normas potencialmente parroquiales del orden pú-

<sup>40</sup> *Callejo v. Bancomer*, 764 F.2d 1101, 1113 (5th Cir. 1985).

<sup>41</sup> *Id.*, p. 1114.

blico norteamericano".<sup>42</sup> Sin embargo, la sentencia del juez Goldberg declaró que en los veinte años, desde que el caso *Sabbatino* en que se abstuvo de juzgar la validez de las expropiaciones cubanas, había poquísimos casos estadounidenses que invalidaran un Acto de Estado por ser contrarios al derecho internacional público.<sup>43</sup> El Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito se mostró muy escéptico sobre la posibilidad de detallar, con certeza imprescindible, los principios del derecho internacional público aplicables en el caso *Callejo*, y aceptó el visto bueno a los reglamentos mexicanos que había aportado el asesor legal del Fondo Monetario Internacional en una carta al abogado de Bancomer.<sup>44</sup>

*Callejo* señaló que cuando los principios internacionales se reducen a códigos o convenios de una aceptación global, donde hay consenso general en vez de "un campo de batalla entre ideologías conflictivas",<sup>45</sup> cabría medir los Actos de Estado en cuestión con el patrón internacional. Hizo notar que los controles cambiarios habían sido utilizados por naciones soberanas "desde hacer usar la moneda como medio de cambio internacional",<sup>46</sup> y que el mismo Fondo Monetario contempla esta posibilidad. En estas condiciones, el tribunal no tuvo ningún inconveniente en emitir su opinión sin tocar la validez de las normas cambiarias de México, evitando así "inmiscuirse en disputas internacionales delicadas".<sup>47</sup>

H. *El sitio de la deuda*. El último recurso jurídico de los Callejo era alegar que el sitio de los depósitos estaba en los Estados Unidos y no en México. En tal caso, los certificados de depósito podrían escapar del control soberano de México, porque ninguna nación podría sostenerse en el Acto de Estado mientras éste afecte propiedades fuera de su territorio nacional. De todos modos, la sentencia en el caso *Callejo* empezó a reconocer que el concepto del sitio de una propiedad, para cuestiones del Acto de Estado, varía mucho del concepto del sitio para otros propósitos. Para caer dentro de la doctrina del Acto de Estado, de entrada exige la jurisprudencia que el Estado actor pudiera cumplir en todo aspecto de su gestión "dentro del dominio" de su propio gobierno.<sup>48</sup>

<sup>42</sup> *Id.* p. 1116.

<sup>43</sup> *Id.*, p. 1118. Es más, el tribunal dijo que no sabía de ningún caso estadounidense en los veinte años que aplicara usos y costumbres internacionales contra un Acto de Estado. *Id.*, p. 1117, n. 18.

<sup>44</sup> *Id.*, p. 1119.

<sup>45</sup> *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 430 n. 30 (1964).

<sup>46</sup> *Callejo v. Bancomer*, 764 F.2d 1101, 1118 n. 21 [citando *French v. Banco Nacional de Cuba*, 23 N.Y. 2d 46, 63, 242 N.E. 2d 704 (1968)] (5th Cir. 1985).

<sup>47</sup> *Id.*, p. 1120.

<sup>48</sup> *Id.*, p. 1122. Véase *Maltina Corp. v. Cawby Bottling Co.*, 462 F.2d 1021, (5th Cir. 1972), *cert. denied* 409 U.S. 1060 (1972); *Tabacalera Severiano Jorge, S.A. v*

Sin embargo, pasar la primera barrera de "dominio interno" no garantiza tener el amparo de la doctrina, porque muchas gestiones caerán "dentro del dominio" de dos o más Estados soberanos.<sup>49</sup> Un ejemplo perfecto son los certificados de depósito en bancos mexicanos. Estados Unidos y México poseen jurisdicción concurrentes en esta cuestión, entonces, en el caso *Callejo* se descartó el patrón de "sitio" elaborado en la sentencia de *Allied Bank* por el Tribunal de Apelaciones para el Segundo Circuito. Con una visión más a fondo se propuso el problema del sitio y su impacto en la doctrina del Acto de Estado en los términos siguientes: "Está la deuda lo suficientemente ligada al país extranjero para que el gobierno extranjero resienta nuestra falta de conocimiento para sus Actos?"<sup>50</sup>

Para determinar el grado de conexión entre deuda u otra obligación y el Estado extranjero, según el análisis del Quinto Circuito en el caso *Callejo*, los tribunales tendrán que sopesar varios factores, que "colocan" la obligación donde sus "incidentes, en suma", lo acomodan.<sup>51</sup> En el caso *Callejo* tomaron en cuenta el lugar "donde se llevan los depósitos, . . . el lugar del pago, la intención de las partes (si hay) sobre el derecho aplicable, y el compromiso del sistema bancario norteamericano en la transacción".<sup>52</sup> El juez Goldberg citó muchos precedentes para extraer estos elementos,<sup>53</sup> pero al final dijo que estos factores solamente "ayudan" a contestar la pregunta esencial de ¿cómo debe reaccionar el Estado extranjero, de buena fe y justificadamente, si Estados Unidos adopta la jurisdicción y resuelve el asunto?<sup>54</sup>

Vista de esta forma, la resolución en favor de una abstención frente a los controles mexicanos era indudable señal de una buena labor jurídica.

*Standard Cigar Co.*, 392 F.2d 706, 715-16 (5th Cir. 1968), cert. denied 393 U.S. 924 (1968). Esta misma prueba aceptó *Allied Bank International v. Banco Crédito Agrícola de Cartago*, 757 F.2d 516, 521 (citando a *Tabacalera*) (2d Cir. 1985), pero en aquel caso el tribunal la aplicó como la primera y última prueba.

<sup>49</sup> Véase *Callejo v. Bancomer*, 764 F.2d 1101, 11 23 (2d Cir. 1985).

<sup>50</sup> *Id.*, p. 1124. *Nota bene*, aunque la sentencia en *Callejo* cita a la sentencia en *Allied Bank* sobre este punto, será más bien en sentido irónico. Las medidas aplicadas por los dos tribunales son distintas.

<sup>51</sup> *Id.*, p. 1123.

<sup>52</sup> *Id.*, pp. 1123-24.

<sup>53</sup> Entre otros casos, *Garcia v. Chase Manhattan Bank*, 735 F.2d 645 (2d Cir. 1984); *Vishipco Line v. Chase Manhattan Bank*, 660 F.2d 854 (2d Cir. 1981); *Libra Bank Ltd. v. Banco Nacional de Costa Rica*, 570 F. Supp. 870 (S.D.N.Y. 1983).

<sup>54</sup> *Callejo v. Bancomer*, 764 F.2d 1101, 1124 (5th Cir. 1985).

## IV. CONCLUSIÓN

En el caso *Callejo*, el Quinto Circuito distinguió claramente entre la FSIA y el Acto de Estado. Señaló los límites de las dos doctrinas de tal forma que podemos apreciar no solamente cómo coexisten, sino la necesidad de su coexistencia. Básicamente, la FSIA busca sentar jurisdicción en los tribunales estadounidenses cuando hay poder sobre la controversia y las partes, y la parte extranjera debe enfrentar, por sus actividades comerciales, una demanda en su contra en Estados Unidos.

La FSIA auspicia una jurisdicción agresiva, una vez que define el proceder en cuestión como actividad comercial. Al existir ese factor inicial con efectos directos en Estados Unidos, los tribunales ejercen su jurisdicción sobre el asunto a pesar de los intereses soberanos de otro país. Donde hay hechos que sientan jurisdicción bajo la FSIA, el tribunal tendrá no solamente el poder sino también el deber de decidir la controversia.

La doctrina del Acto de Estado acepta los límites amplios de la FSIA, pero les impone una consideración atenuante al crear un deber compensatorio de abstención. La abstención tiene que plantearse como excepción después de la jurisdicción. El poder es la base de la jurisdicción, y en cuestiones de poder no se admiten consideraciones tan delicadas como las relaciones exteriores de la nación. Una vez señalado el poder mediante un criterio jurídico, es preciso supeditarlos a la separación de poderes. Cuando entran en conflicto las competencias de los poderes del gobierno, los jueces tienen que considerar el sistema general del Estado federal de Estados Unidos y elegir a cuál de los tres poderes corresponde la materia en juicio.

Aunque la FSIA y el Acto de Estado sirven al mismo objetivo de no perturbar las relaciones exteriores, lo sirven en forma distinta. Al aplicar la FSIA, la actitud del tribunal tiene que ser agresiva para amparar los intereses de aquellos demandantes que buscan su jurisdicción, mientras que el Acto de Estado es una doctrina conciliadora que tiene que tomar en cuenta los intereses extranjeros y ceder al Ejecutivo, cuando hay razones suficientes, en apoyo del punto de vista extranjero. Son, pues, dos las doctrinas —una legislativa, la otra judicial— que empiezan con enfoques distintos. Irónicamente, el Congreso instruye al poder judicial asumir una postura agresiva en la FSIA, mientras el poder judicial por su jurisprudencia sobre el Acto de Estado, adopta una actitud conciliadora.

Dos pruebas claves que comparten ambas doctrinas, sirven para demostrar tal distinción: 1, las actividades comerciales, y 2, el sitio jurí-

dico de la obligación. Antes de adoptar la jurisdicción, los tribunales tienen que definir si la actividad que origina la controversia es de naturaleza comercial. Para establecer este punto, se determina si dicha actividad cae dentro del campo del sector privado, en cuyo caso cabe su resolución en el tribunal estadounidense. Sin embargo, las mismas circunstancias que dan lugar a que se las califique de actividades comerciales bajo la FSIA, que enfoca solamente las partes en la demanda y califica su conducta a primera vista, no dan lugar a que se las catalogue como actividades comerciales según las normas del Acto de Estado, que contempla los motivos fundamentales de la conducta de las partes. Cuando el gobierno extranjero promulga medidas oficiales y los deudores conforman su conducta a esas medidas, según la doctrina del Acto de Estado, puede ser oficial, aunque se haya efectuado entre particulares y con efectos (para no decir fines) de lucro.

La cuestión del sitio jurídico de la deuda manifiesta el mismo fenómeno de prueba, supuestamente común, que varía enormemente según la doctrina con que se la mida. Dentro de la FSIA, una obligación se considera sita en Estados Unidos si produce "efectos directos" en el país. No importa, para los fines de la FSIA, si existen contactos principales con otro país. La FSIA admite sólo un factor atenuante: el demandado escapa a la jurisdicción norteamericana si ignoraba que sus actividades darían lugar a un proceso en los tribunales norteamericanos. En cambio, la doctrina del Acto de Estado bien aplicado trata de medir la reacción sincera del soberano extranjero frente a un proceso estadounidense. Si el soberano resiente tal proceso, el tribunal tiene que abstenerse.

La FSIA ubica la deuda bajo la perspectiva del demandante, mientras que el Acto de Estado la ubica bajo la perspectiva del demandado o del país que controla su conducta. Nuevamente, doctrinas distintas analizan los mismos factores. Los fallos *Callejo* y *Allied Bank*, como en otros casos, bajo la FSIA y el Acto de Estado, tuvieron en cuenta dónde se habían firmado las obligaciones, dónde eran pagables, si las partes habían sentado un derecho aplicable, así como otros incidentes del negocio. Pero con los mismos elementos se podría determinar la espera y la esperanza, la expectativa y la perspectiva. Los elementos no varían, pero dan resultados diferentes a preguntas distintas. En el caso *Callejo*, la deuda se sitúa en Estados Unidos bajo la FSIA y en México bajo el Acto de Estado.

Indudablemente otros circuitos de Tribunales de Apelaciones y la Corte Suprema dictarán su jurisprudencia sobre el problema de la deuda externa frente al derecho privado de Estados Unidos. Las doctrinas prin-

cipales del Acto de Estado y de la FSIA excluyen las otras doctrinas descritas al principio de este artículo, pero tanto el Acto de Estado como la FSIA evolucionarán todavía. Hoy, ellas definen la labor de los tribunales estadounidenses frente a las obligaciones financieras de deudores latinoamericanos. Si bien es cierto que los conceptos tales como la *comity* aportan mucho al análisis, ello se debe quizás a que la FSIA y el Acto de Estado los asimilan. En sí, se quedan atrás como sustituto, salvo en uno que otro caso excepcional. Por bueno (*Callejo*) o por malo (*Allied Bank*) el derecho estadounidense responde al problema en los términos de las doctrinas analizadas aquí.

Al final el deudor latinoamericano tiene que preguntarse si hay algún consejo práctico en todo este análisis. Los incidentes que sitúan una deuda tienen un impacto preponderante. Dentro de sus posibilidades de negociar, un deudor debe especificar todos los contactos posibles con su propio país, si no quiere verse en un tribunal norteamericano. Sencillamente, la diferencia entre el caso *Callejo*, donde respetaron los controles mexicanos, y el de *Allied Bank*, donde no respetaron los controles costarricenses, radica en las obligaciones escritas de los bancos de Costa Rica a pagar la deuda en Nueva York y a someterse a los tribunales neoyorquinos en caso de controversia. No obstante, me gustaría pensar que el juez Goldberg, autor de la sentencia en el caso *Callejo*, hubiera llegado a una abstención en el de *Allied Bank*.

La otra preocupación de los deudores latinoamericanos sería la posibilidad de embargos contra sus bienes y cuentas bancarias en Estados Unidos. Existen bases para pensar en ello. La ejecución de sentencias contra deudores extranjeros no es improbable cuando sus actividades normales surten efectos embargables en el país de la sentencia. En muchos casos un ente del Estado se expone al riesgo de embargo si sigue comercializando con o a través de Estados Unidos, al sufrir una sentencia en su contra. La FSIA exceptúa de los bienes embargables la propiedad de los bancos centrales, salvo en caso de una renuncia explícita de la inmunidad de embargo, y la propiedad usada en relación con una actividad militar.<sup>55</sup> Aparte de esas excepciones, toda propiedad extranjera ubicada allí está sujeta al proceso jurídico local de Estados Unidos.

Dale Beck FURNISH

<sup>55</sup> FSIA, art. 1611(b)(1), (2).