

**LA DEUDA PÚBLICA EXTERNA Y LAS INMUNIDADES
DEL ESTADO EXTRANJERO**

*Argentina, su deuda pública externa y el juez extranjero
Una relación conflictiva*

LA DEUDA PÚBLICA EXTERNA Y LAS INMUNIDADES DEL ESTADO EXTRANJERO

Argentina, su deuda pública externa y el juez extranjero
Una relación conflictiva

Gustavo Carrizo Adris (Dir.)
Luis Fernando Castillo Argañarás (Dir.)
Juan Manuel Asprea
Alexis Rodrigo Laborías
Martín Lorences
Clarisa Federico
Matías Nahuel Mazzoletti
Jorge Salsa
Stella Zeballos



MNEMOSYNE

La deuda pública externa y las inmunidades del estado extranjero: Argentina, su deuda pública externa y el juez extranjero. Una relación conflictiva / Carrizo Adris, Gustavo... [et al.] ; compilado por Carrizo Adris, Gustavo; Castillo Argañarás, Luis Fernando.

1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Mnemosyne, 2019.

270 p. ; 23 x 16 cm. - (Investigación y tesis)

ISBN 978-987-1829-42-2

1. Derecho Internacional Público. 2. Derecho Internacional Privado. I. Carrizo Adris, Gustavo. II. Carrizo Adris, Gustavo, comp. III. Castillo Argañarás, Luis Fernando, comp.

CDD 341

Fecha de catalogación: 04/01/2019

LA DEUDA PÚBLICA EXTERNA Y LAS INMUNIDADES DEL ESTADO EXTRANJERO. *Argentina, su deuda pública externa y el juez extranjero. Una relación conflictiva.*

1ª edición

© Gustavo Carrizo Adris, Luis Fernando Castillo Argañarás... [et al.], 2019

© De esta edición, MNEMOSYNE, 2019

México 1448-(C1097ABD) Buenos Aires-Argentina

(54911) 6198 2516

info@mnemosyne.com.ar-www.mnemosyne.com.ar

ISBN 978-987-1829-42-2

Fecha de publicación: Enero de 2019

Queda hecho el depósito que establece la Ley 11723

LIBRO DE EDICIÓN ARGENTINA

El contenido y la originalidad de este documento es responsabilidad exclusiva de sus autores. Las opiniones expresadas en el mismo no representan, ni reflejan necesariamente, la de los responsables de Editorial MNEMOSYNE.

No se permite la reproducción parcial o total, el almacenamiento, el alquiler, la transmisión o la transformación de este libro en cualquier forma o por cualquier medio, sea electrónico o mecánico, mediante fotocopias, digitalización u otros métodos, sin el permiso previo y escrito del editor. Su infracción está penada por las leyes 11723 y 25446

AUTORES

JUAN MANUEL ASPREA

Abogado (UNLZ). Jefe de trabajos prácticos de Derecho Internacional Público (UNLZ).

ALEXIS RODRIGO LABORÍAS

Magíster en Defensa Nacional (Escuela de Defensa Nacional). Abogado (UBA). Adjunto interino (Facultad de Derecho-UBA) y Adjunto regular (Universidad Argentina de la Empresa) en el área de Derecho Internacional Público. Investigador del Instituto de Ciencias Sociales y Disciplinas Projectuales (INSOD-UADE).

MARTÍN LORENCES

Abogado (UAI). Lic. Relaciones Internacionales (UAI). Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Internacional Público (UNLZ) y Profesor de Derecho Internacional Público (UAI). Profesor de Derecho de la Integración e Integración y Cooperación económica en las carreras de abogacía y Comercio Internacional (UAI).

CLARISA FEDERICO

Abogada (UBA). Auxiliar docente de Derecho Penal y Criminología y de Recursos en el Proceso Penal (UBA). Jefe de trabajo practicas Derecho Internacional Público (UNLZ).

MATÍAS NAHUEL MAZZOLETTI

Abogado (UNLZ) y Especialista en Derecho Penal y Criminología (UNLZ). Derecho Internacional Privado. Jefe de trabajos prácticos de Derecho Internacional Público (UNLZ). Docente de la Licenciatura de Comercio Internacional y Aduanas (UNLZ).

JORGE SALSA

Licenciado en Relaciones Internacionales (Universidad Del Salvador). Abogado (UNLZ). Investigador Categorizado (V), Ministerio de Educación. Profesor Adjunto de Realidad Social Latinoamericana y de Derecho Internacional Público (UNLZ). Docente Investigador.

STELLA ZEBALLOS

Licenciada en Ciencia Política. Investigador Categorizado (V), Ministerio de Educación. Profesora adjunta en Derecho Internacional Público y en Realidad Social Latinoamericana (UNLZ). Auxiliar docente en Introducción al Estudio de la Sociedad y el Estado (UBA). Miembro del Instituto de Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de La Plata.

ÍNDICE

	INTRODUCCIÓN <i>Gustavo Carrizo Adris y Luis Fernando Castillo Argañarás</i>	9
CAPÍTULO 1	LA DEUDA EXTERNA ARGENTINA. BREVE RESEÑA HISTÓRICA <i>Jorge Salsa, Stella Zeballos y Juan Asprea</i>	11
CAPÍTULO 2	LA DEUDA EXTERNA ARGENTINA. APORTES DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO <i>Martín Lorences</i>	39
CAPÍTULO 3	LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO <i>Alexis Rodrigo Laborías</i>	67
CAPÍTULO 4	LAS MEDIDAS COERCITIVAS Y DE EJECUCIÓN CONTRA ESTADO EXTRANJERO. UNA APROXIMACIÓN DESDE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS Y SUS BIENES <i>Luis Fernando Castillo Argañarás</i>	129
CAPÍTULO 5	LA VISIÓN ESTADOUNIDENSE DE LA INMUNIDAD DE ESTADO EXTRANJERO Y SU INCIDENCIA EN EL LITIGIO POR LA DEUDA EXTERNA ARGENTINA <i>Gustavo Carrizo Adris y Matías Mazzeletti</i>	145
CAPÍTULO 6	LA INMUNIDAD DEL ESTADO EXTRANJERO EN EL DERECHO DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA Y LA CRISIS DE DEUDA ARGENTINA <i>Gustavo Carrizo Adris</i>	191
CAPÍTULO 7	LA INMUNIDAD DEL ESTADO EXTRANJERO EN EL DERECHO FRANCÉS Y EL CONFLICTO DE LA	221

DEUDA EXTERNA ARGENTINA |
Gustavo Carrizo Adris y Clarisa Federico

CAPÍTULO 8	CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES <i>Gustavo Carrizo Adris</i>	249
-------------------	--	-----

INTRODUCCIÓN

Gustavo Carrizo Adris
Luis Fernando Castillo Argañarás

Es grato para nosotros presentar los resultados finales del Proyecto de Investigación titulado “La inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero y el cobro compulsivo de la deuda soberana al Estado deudor mediante procesos judiciales en extraña jurisdicción-El caso Argentina” ejecutado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (CÓDIGO 13D/025) y luego acreditado en la programación científica de la Universidad como proyecto LOMASCYT. Participaron docentes de la Casa bajo la dirección de los Dres. Luis F. Castillo Argañarás y Gustavo Carrizo Adris, Profesores titulares de las Cátedras A y B de Derecho Internacional Público (respectivamente).

La investigación plantea como hipótesis que:

- *Las sentencias judiciales dictadas como consecuencias de las acciones llevadas adelante por los acreedores de la deuda soberana incoadas ante tribunales extranjeros dan lugar a nuevas posiciones doctrinales y teorías que cuestionan la inmunidad de jurisdicción del Estado en su concepción actual obligando su reformulación.*

Como **objetivo general** del proyecto se fijó:

- *Estudiar los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales sobre la materia que tuvieron lugar en la segunda mitad del Siglo XX y en el presente Siglo con especial referencia a la deuda pública y su impacto en el desarrollo de nuevos paradigmas.*

En cuanto a los **objetivos específicos** se propusieron:

- *Estudiar el impacto de la inmunidad de jurisdicción en las relaciones interestatales a partir de la mayor actividad mercantil y financiera de los Estados.*
- *Estudiar el impacto de los conflictos derivados de acciones judiciales incoadas ante tribunales extranjeros por tenedores de la deuda soberana de los Estados.*
- *Analizar las cuestiones jurídicas planteadas en el caso de la deuda soberana argentina ante los tribunales de los Estados Unidos a la luz de la teoría iuspublicista vigente.*

- *Dotar a los actores del derecho y de otras disciplinas de elementos de análisis y estudio sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero y su vínculo con la deuda soberana.*

Dada la extensión y complejidad de la jurisprudencia extranjera sobre la deuda externa argentina, se decidió acotar el estudio a una muestra formada por los pronunciamientos dictados por tribunales de los EE.UU., Alemania y Francia.

Durante el desarrollo de la investigación se realizaron incorporaciones, modificaciones o eliminaciones al temario original consecuencia de la discusión grupal de los miembros del equipo de investigación, a fin de evitar superposición o dispersión en el tratamiento de los temas objeto de la presente investigación.

En el desarrollo de la investigación se recurrió a técnicas cualitativas que incluyeron relevamiento de la bibliografía referida al fenómeno y entrevistas con funcionarios judiciales y autoridades administrativas nacionales e internacionales.

Agradecemos a la Secretaría de Investigación y al Rectorado de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora los fondos para publicar el presente libro. También a las Autoridades de la UNLZ, al Rector Dr. Diego Molea y al Secretario de Investigaciones, Ing. Alberto Nivio y de la Facultad de Derecho de UNLZ, a la Decana, Dra. María Fernanda Vázquez.

No podemos dejar de mencionar al Dr. Adrián Riva, Secretario de Investigación y al personal de la Secretaría de Investigación.

CAPÍTULO 1

LA DEUDA EXTERNA ARGENTINA BREVE RESEÑA HISTÓRICA

Jorge Salsa, Stella Zeballos y Juan Asprea

1. INTRODUCCIÓN

A los efectos de este trabajo, la deuda externa es la suma de los pasivos que tiene un país hacia entidades extranjeras, compuesta de una parte pública (la contraída por el estado) y otra privada (la contraída por particulares).

Por deuda pública se entiende al conjunto de saldos que mantiene un Estado frente a los particulares u otro país. Constituye una forma de obtener recursos financieros por el estado o cualquier poder público materializados normalmente mediante emisiones de títulos de valores. Es además un instrumento que usan los Estados para resolver el problema de la falta puntual de dinero.

Al pasivo estatal que hace referencia el párrafo anterior es definido como un instrumento financiero de naturaleza pasiva para el ente público emisor (país, provincia, estado, departamento, distrito o municipio) que busca en los mercados nacionales o extranjeros captar fondos bajo la promesa de futuro pago y renta fijada por una tasa en los tiempos estipulados por un bono que es emitido por el deudor a dicho efecto.

La deuda privada es la que procede de los mercados financieros, sobre todo de la banca internacional. El pasivo externo con respecto a otros países se da con frecuencia a través de organismos como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial. Cuando un país deudor tiene problemas para pagarla (esto es, para devolverla junto con los acordados intereses) sufre repercusiones en su desarrollo económico e incluso en su autonomía.

Los principios de la Constitución se reflejaron desde un comienzo en la política internacional sostenida por Argentina en materia de deuda soberana, destacándose los aportes de Luis María Drago y de Carlos Calvo al Derecho Internacional Público. Advertía tempranamente Alberdi: “Será preciso que los gobiernos argentinos sean muy ciegos para que desconozcan que faltar a sus deberes en el pago de los intereses de la deuda es lo mismo que envenenar el único pan de su alimento, y suicidarse; es algo

más desastroso que faltar al honor, es condenarse a la bancarrota y al hambre.”¹

Por eso el artículo 75 inciso 7 de la Constitución Nacional establece que “Corresponde al Congreso: ... Arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación”, remontándose en cuanto a antecedentes normativos al art. 2 del Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos que remitía a un “Congreso General Federativo... el pago de la deuda de la República, consultando del mejor modo posible la seguridad y engrandecimiento de la República, su crédito interior y exterior y la soberanía, libertad e independencia de cada una de las Provincias”.

En 1853 la Nación mantenía tres deudas exteriores. La primera era la de 1826 y estaba relacionada con el primer empréstito inglés. La segunda procedía de 1851, época de la campaña emprendida por Justo José de Urquiza para derrocar a Juan Manuel de Rosas. La tercera, de 1853, fue autorizada por el propio Congreso Constituyente. Los primeros empréstitos exteriores que contrajo la Nación, después de reorganizada en 1860, fueron los de 1868 y 1871². El primero, tenía por objeto sufragar los gastos de la guerra del Paraguay y el segundo se destinaba a la cancelación de los créditos del Banco de la Provincia y a la construcción de ferrocarriles y puertos. Al federalizarse la Ciudad de Buenos Aires, la Nación tomó para sí la deuda exterior de la Provincia.

Cuando en 1873 ocurrió la primera crisis de balanza de pagos, motivada por el alto endeudamiento en préstamos al gobierno nacional, el presidente Nicolás Avellaneda se dispuso a no dejar de honrar los compromisos de la Nación en el mercado financiero internacional expresando ante el Congreso: “... hay dos millones de argentinos que ahorrarán hasta sobre su hambre y su sed para responder, en una situación suprema, a los compromisos de nuestra fe pública en los mercados extranjeros”³, imponiendo un plan que consistió en aumentar los impuestos a las importaciones y una reducción de los gastos del Estado.

El primer default o incumplimiento de pagos en el exterior se remonta a 1890. Fue bajo la presidencia de Juárez Celman y dio lugar

¹ https://www.clarin.com/opinion/deuda-externa-Constitucion_0_41PflzTRx.html

² www.derecho.uba.ar/institucional/proyectos/dalla_via.pdf

³ https://www.elhistoriador.com.ar/frases/.../nicolas_avellaneda_sobre_el_pueblo.php

a la llamada “crisis de la Baring Brothers”⁴, empréstito contraído por Bernardino Rivadavia. Fue Carlos Pellegrini quien superó exitosamente la crisis, reconociendo la deuda y acordando posponer los pagos hasta finales del decenio.

Pero en materia de competencias constitucionales, la primera es, como en el caso, que se trate de empréstitos resultantes de la emisión de títulos públicos, cuyo fundamento se encuentra en la aprobación de la ley presupuestaria correspondiente al ejercicio fiscal respectivo.

No es del caso desconocer aquí la importancia del contexto político internacional. Pero en la Constitución Nacional nos encontramos frente a competencias regladas de carácter compartido entre los poderes políticos, cuya frase final “arreglar la deuda exterior de la Nación”⁵ es también sinónimo de reestructuración, requiriendo, por ende, de la intervención del Congreso en un marco ampliado de decisión.

Es muy auspicioso que los gobernantes se hayan por fin decidido a que la solución de los grandes temas económicos se enmarque en la Constitución y en los procedimientos que esta establece. Nuestra postergada seguridad jurídica así lo requiere.

El problema del endeudamiento externo no es nuevo, ni privativo de la región latinoamericana. Podría decirse que es tan antiguo como las naciones mismas. Las crisis de la deuda desde el punto de vista estrictamente financiero, son entendidas como una dificultad coyuntural (voluntaria o no) de pagos de un país, lo que le impide cumplir temporalmente sus compromisos financieros. Visto desde este punto de vista América Latina ha pasado por diversas crisis de la deuda.

En dos siglos, las economías de América Latina han sido golpeadas por cuatro crisis de la deuda. La primera se declaró en 1826 y se prolongó hasta la mitad del siglo XIX⁶.

La segunda comenzó en 1876 y terminó en los primeros años del siglo XX. Durante todo el Siglo XIX se contrajeron numerosos empréstitos adicionales, sobre todo en el período que va desde la presidencia de Bartolomé Mitre hasta la primera de Julio Argentino Roca. Todos eran

⁴ <https://www.ancmvp.org.ar/user/FILES/DallaVía-D-16-2.pdf>

⁵ Constitución Nacional, art. 75, inc. 7.

⁶ biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20100609074433/10cap6.pdf

con la banca británica, el mismo país que constituía el principal socio comercial de nuestro país y el mayor inversor en nuestras tierras siendo el dueño de los ferrocarriles, los bancos más importantes y de las pocas industrias establecidas. “Los empréstitos fueron la llave maestra del control financiero del país”⁷.

La tercera comenzó en 1931 y se terminó a fines de los 40. En el Siglo XX la deuda externa siguió siendo un factor fundamental que impidió el desarrollo de nuestro país.⁸ En 1933, cuando se firmó el tratado “Roca-Runciman” para colocar nuestras carnes en el mercado británico a cambio de un sinnúmero de concesiones, como por ejemplo hacerlo a través de frigoríficos ingleses y abrir nuestras importaciones a sus productos, se estableció que la Argentina se comprometía a destinar las divisas obtenidas con las exportaciones al pago de la deuda externa. Otra vez, las divisas que generábamos nunca llegaban al país, sino que iban directo a la City londinense.

La cuarta estalla en 1982 y sigue en curso (aún cuando la forma ha evolucionado).⁹ Fue provocada por el efecto combinado de la segunda recesión económica mundial (1980-1982) después de la guerra y la alza de las tasas de interés decidida por la Reserva Federal de los Estados Unidos en 1979.

Las crisis de la deuda no son solo fenómenos puramente internos sino que están muy relacionados con los comportamientos de ciclo económico del capitalismo mundial. Según Eric Toussaint “existe un nexo entre las cuatro crisis y las ondas largas del capitalismo”¹⁰ (...).”

Los orígenes de estas crisis y los momentos en los cuales han estallado están íntimamente ligados al ritmo de la economía mundial y principalmente a la de los países industrializados. (...)”

“Sólo a partir de 1976, cuando la recesión internacional estimuló la formación de capitales especulativos que no encontraban destino en las principales potencias, el país volvió a tener la posibilidad de endeudarse generosamente.

⁷ OLMOS GAONA, Alejandro (h), *Todo lo que usted quiso saber sobre la deuda externa y siempre le ocultaron*, Editorial de los argentinos, Buenos Aires, 1995.

⁸ <https://www.alainet.org/es/articulo/178562>

⁹ www.eumed.net/eve/resum/06-10/tmh.htm

¹⁰ TOUSSAINT, Eric <http://hendrik.pangea.org/imagenes/toussaint01.pdf>

En ese contexto, la política de apertura comercial, liberalización financiera, retraso cambiario y altas tasas de interés sentaron las bases de un crecimiento explosivo de los compromisos con el exterior, utilizados en su mayor parte para financiar el boom de importaciones, el creciente gasto público y la fuga de capitales de los principales grupos económicos locales".¹¹

Para la Argentina, la década siguiente se caracterizó por una fuerte crisis fiscal, derivada de los intereses de la deuda como de la necesidad del sector público de comprar en el mercado las divisas para realizar las transferencias correspondientes.

La expansión monetaria que provocaba esta última era esterilizada con la colocación de títulos públicos y la remuneración de los altos encajes fijados por el BCRA, por lo que se fue generando progresivamente una abultada deuda interna.

Por otra parte, a pesar de los elevados superávits comerciales logrados a partir de 1982, los intereses provocaron una delicada situación en el balance de pagos. La deuda externa se convirtió, entonces, en una de las principales fuentes de desequilibrios que terminaron conduciendo al estallido hiperinflacionario de 1989.

En los primeros años de la década del 90, la situación pareció mejorar ostensiblemente con relación al problema del endeudamiento. La gravedad de la crisis y la introducción de políticas neoliberales, más acordes a los planteos de los acreedores y de los organismos financieros multinacionales permitieron una descompresión de las presiones externas. La renovada fluidez del mercado crediticio sentó las bases de una renegociación plasmada en el ingreso al "Plan Brady"¹², a diferencia de lo ocurrido pocos años antes, con el fracasado "Plan Baker"¹³.

¹¹ <https://sociedadvestadomecle.files.wordpress.com/.../cap-7-el-estado-terrorista-76-83.p...>

¹² El Plan Brady, enunciado en marzo de 1989, fue un proyecto de reestructuración de la deuda externa de los países de América Latina frente a su incapacidad de pagar efectivamente. Elaborado por el Secretario de Tesoro estadounidense, Nicholas Brady, consistía en una reducción del valor de la deuda, sea del monto bruto o sus intereses.

¹³ <http://www.argentina-rree.com/11/11-076.htm>

Además, el inicio de una significativa reactivación mejoró los indicadores de referencia, tales como la relación deuda-PBI o servicios-exportaciones. Sin embargo, lo que probablemente tuvo más importancia para aligerar el problema de la deuda fue la decisión argentina de iniciar un radical programa de privatizaciones, admitiendo el pago de una parte de las mismas con pasivos externos, en la modalidad de "capitalización de la deuda". La iniciativa se fundaba en múltiples ventajas. Por un lado, la recuperación de los títulos significaba una reducción de la deuda y de la carga futura de intereses, mientras el Estado se desprendía de firmas deficitarias. Por lo tanto, representaba un avance en materia fiscal. En segundo lugar, la reducción de la deuda se realizaba sin utilizar divisas, descomprimiendo el balance de pagos. Sin embargo, lo que en los papeles parecía un notable avance, se diluyó rápidamente.

“Nuevamente, el endeudamiento se tornó explosivo, sobre todo cuando los dos pilares básicos que debían sustentar la convertibilidad (el superávit fiscal y el superávit comercial) se alejaron cada vez más y los mercados financieros comenzaron a atravesar turbulencias cada vez más frecuentes. Nuevamente, también, el endeudamiento no tuvo una contrapartida en el fortalecimiento del aparato productivo, aún cuando las tasas de inversión hayan sido algo más elevadas que a fines de los 70 y la vorágine especulativa un tanto más moderada. Es que, en esencia, las bases de ambos modelos eran las mismas y sus consecuencias no difirieron en lo sustancial. Por eso, el creciente endeudamiento fue también la contracara de una abultada fuga de capitales”.¹⁴

Al respecto Marichal señala: “Nuestro argumento central es que hasta la Segunda Guerra Mundial, la mayor parte de los procesos de endeudamiento pueden ser descriptos en términos de los ciclos clásicos de las economías capitalistas descriptos por la literatura sobre este campo (*business cycles*)... (...) En cambio, desde la Segunda Guerra Mundial, esta correlación es mucho más débil, siendo factible inclusive el proponer que los ciclos de endeudamiento latinoamericano operan de manera inversa a las tendencias de crecimiento de buen número de las economías más industrializadas.”¹⁵

¹⁴ PUCCIARELLI, Alfredo “*Los años Alfonsín, ¿el poder de la democracia o la democracia del poder?* Siglo XXI, Buenos Aires 2006.

¹⁵ MARICHAL, Carlos, (1988) “*Historia de la deuda externa de América latina*” Alianza Editorial Madrid.

2. ARGENTINA Y EL FMI

Creado en 1945 por el acuerdo de Bretton Woods¹⁶, en el Fondo Monetario Internacional (FMI) se mantienen patrones y regulaciones con el objetivo de controlar el gasto y la inversión de los países que lo integran.¹⁷

Su objetivo es crear un marco para la cooperación económica y el desarrollo que permitiera lograr una economía mundial más estable y más próspera: meta que sigue siendo fundamental para ambas instituciones, aunque su labor evoluciona constantemente como consecuencia de nuevos acontecimientos y desafíos económicos.

En los cincuenta años transcurridos desde el ingreso de nuestro país al organismo en 1956 pasando por la crisis de la convertibilidad en el año 2001, hasta el pago total por adelantado en 2006, de la deuda pendiente, la Argentina estuvo bajo acuerdo del FMI durante 38 años.

Teniendo en cuenta que los acuerdos están previstos para otorgar financiamiento transitorio, se pone de manifiesto que lo excepcional, en el caso de la relación del FMI con la Argentina, se convirtió en norma. Durante este período el Fondo auditó la economía del país y en varios casos propuso programas económicos. En el período desarrollista, alentó la liberalización del comercio exterior y los movimientos de capitales y la limitación del gasto público. Sus propuestas trajeron conflictos con gobiernos democráticos y con gobiernos militares como el de Onganía, éste último promovía una fuerte intervención del Estado en materia económica. En 1967 el gobierno militar suspendió el acuerdo vigente y canceló por anticipado la deuda con el organismo.

En general durante la década del 60 y principios de los 70, cuando se instala el problema del endeudamiento crónico, las relaciones con el Fondo eran de carácter coyuntural.

En 1976 el FMI y el gobierno militar encontraron coincidencias en las políticas ortodoxas y también correspondió a un período de amplio endeudamiento con el FMI.

¹⁶ Debido a que la reunión entre los diferentes estados originarios se celebró en Bretton Woods, New Hampshire, Estados Unidos.

¹⁷ Guía del FMI (2004) *¿Qué es el FMI?* Washington <https://www.imf.org/external/pubs/ft/exrp/what/spa/whats.pdf>

*Aldo Ferrer dice la deuda saltó de 7.800 millones de dólares en 1975 a 27.100 millones en 1980, acompañada de una histórica fuga de capitales y una febril especulación financiera. La Argentina ya ostentaba la mayor deuda externa per cápita del mundo.*¹⁸

En 1983 con el retorno democrático continuó el endeudamiento y hubo varios pactos firmados con el organismo que nunca se pudieron cumplir. Por ejemplo el Plan Austral (1985) y el Plan Primavera (1987) que concluyeron en la hiperinflación y la salida anticipada del Gobierno de Alfonsín.

El gobierno de Carlos Menem controla la inflación a través de la paridad cambiaria 1 peso equivalente a 1 dólar, pero después de innumerables negociaciones con el FMI se eleva la deuda externa a 144.600 millones a fines del 1999 cuando asume el nuevo gobierno. Durante el período del presidente De la Rúa la situación se agravó dramáticamente y en diciembre de 2001 el FMI negó a la Argentina un nuevo financiamiento de 1.264 millones de dólares. El gran desequilibrio entre la deuda externa y las reservas del país, llevaron al fenómeno del “corralito” y se produjo una gran convulsión política y económica que terminó en la declaración del Default en diciembre de 2001, los años que se sucedieron marcaron una crisis en las relaciones entre nuestro país y el FMI.

3. CLUB DE PARÍS

El Club de París no es una entidad u organismo, sino que es un mecanismo de convocatoria informal por parte de acreedores oficiales de países endeudados para renegociar en forma coordinada y conjunta las deudas externas de los países deudores con dificultades de pago.

El mecanismo opera desde la Tesorería del gobierno de Francia, aunque participan en ese foro 19 gobiernos: los de Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Japón, Noruega, Rusia, Holanda, Reino Unido, Suecia y Suiza.¹⁹

¹⁸ FERRER, Aldo (1982), *¿Puede la Argentina pagar su deuda externa?*, Buenos Aires: El Cid Editor.

¹⁹ <http://www.clubdeparis.org/>

El origen de esa deuda se remonta a 1946, año en el que Juan Domingo Perón gana las elecciones presidenciales. Una vez que asume el poder, Perón encuentra que Inglaterra adeudaba a la Argentina 500 millones de libras esterlinas por concepto de las toneladas de carne y de granos que habían sido entregadas a Inglaterra por Argentina durante la Segunda Guerra Mundial.

Durante el primer peronismo la Argentina comenzó una política de desendeudamiento, pero con la “revolución libertadora” nuestro país suscribió los tratados de Breton Woods de 1944 e ingresó como socio en el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.

Por otro lado, en esos mismos años de guerra y ante la imposibilidad de importar maquinaria de Europa, Argentina se había endeudado en una cantidad similar pero en dólares por maquinarias y equipos comprados a Norteamérica. En vista de que Argentina tenía que pagar intereses por el monto adeudado a los Estados Unidos, mientras que no recibía ningún interés por su préstamo a Inglaterra, Perón solicitó consolidar los créditos entre los tres países con el objeto de que Inglaterra pague directamente a los Estados Unidos el correspondiente valor de la deuda que debía a la Argentina.

A pesar de que la triangulación financiera es un mecanismo de negociación internacionalmente aceptado, el mecanismo se trabó en virtud de que Inglaterra dictaminó que pagaría su deuda únicamente con bonos denominados en libras esterlinas y, por otro lado, Estados Unidos dictaminó que solo aceptaría los pagos que sus deudores realicen en dólares.²⁰

Ante la imposibilidad de pagar sus deudas con el mecanismo de triangulación, Perón decidió nacionalizar el servicio telefónico, los ferrocarriles, la producción y distribución de gas, así como otras industrias menores que jurídicamente pertenecían a varias empresas de capital inglés.

Para indemnizar a los dueños de las firmas nacionalizadas, Perón decidió utilizar los bonos en libras esterlinas que habían sido entregados por Inglaterra en pago de la deuda. Además, con los ingresos generados por las tarifas de los servicios nacionalizados, empieza a cancelar su deuda a los Estados Unidos. Pero el proceso se detuvo en 1955, cuando Domingo Perón es derrocado por el General Pedro Eugenio Aramburu.

²⁰ <https://emilianomartinez.wordpress.com/2008/01/18/el-sistema-financiero-internacional-y-la-economia-argentina-proyecciones/>

El nuevo gobierno intenta reactivar el deteriorado comercio, para lo cual contrae un nuevo préstamo externo para financiar sus importaciones de Europa. Así, contrata con varios bancos europeos un crédito de 700 millones de dólares, que se suponía podría ser amortizado en el transcurso de un año.²¹

Pero, el presupuesto argentino -que por casi una década había logrado funcionar sin incrementar su deuda externa- encuentra insalvables dificultades para cancelar en el corto plazo de un año esa abultada nueva deuda de 700 millones de dólares. Ante esa imposibilidad, los países de la Comunidad Económica Europea deciden refinanciar la deuda de Argentina. Así, el Ministerio del Tesoro francés organiza con varios de sus funcionarios radicados en París, una oficina para que efectúe las futuras gestiones de cobro a nombre de los países acreedores: es esta oficina la que eventualmente llega a ser conocida bajo el nombre de Club de París.

Después de su fundación en 1956, por idea e invitación del entonces ministro de Finanzas francés, cuando éste convocó a representantes de otros países acreedores de la Argentina, en momentos en que nuestro gobierno solicitaba refinanciar su deuda externa ante otros gobiernos.²²

Durante la década del sesenta y setenta se produjeron los primeros casos de estatización de deuda privada, es decir deuda de empresas privadas que el Estado se hizo cargo de pagar. Para el 24 de Marzo de 1976, cuando comienza la historia moderna del endeudamiento argentino, el país tenía sin embargo un nivel de compromiso externo relativamente moderado. Una de las primeras medidas del Ministro de Economía Martínez de Hoz, al asumir el gobierno la Junta Militar, fue modificar el artículo primero del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación mediante la ley 21.305 para ceder soberanía jurídica a tribunales extranjeros en materia de deuda externa. Esto nos lleva a la historia reciente del endeudamiento argentino.

El Club de París retoma su importancia a fines de 2001 cuando, en medio de una profunda crisis financiera y social, Argentina declaró el cese de pagos de su deuda de 95.000 millones de dólares, el mayor default de la historia.

²¹<http://www.clubdeparis.fr/?Qu-est-ce-que-le-Club-de-Paris>

²²https://www.clarin.com/economia/club-paris-celebro-cumplea-nos_0_NJe9wfVzW.html

En 2005, más de 76% de los acreedores privados aceptaron una reestructuración de esa deuda, que incluyendo los intereses en mora alcanzaba los 102.300 millones de dólares.

Al año siguiente el país canceló su pasivo de 9.500 millones de dólares con el Fondo Monetario Internacional (FMI), pero continuó en cesación de pagos con el Club de París.

Con esa entidad, la Argentina mantuvo una deuda por alrededor de 6.700 millones de dólares, que si se le suman los intereses alcanzaría los 9.500 millones de dólares. Fue el ministro de Economía, Axel Kicillof, quien viajó a Francia para negociar el pago de la misma, la cual a la fecha ya ha sido cancelada en su totalidad.²³

Los principales miembros del Club, acreedores de la deuda argentina son: Alemania, con un 30 por ciento; Japón, con 25%; y Holanda, con el 9%. Italia y España, con el 8% y Estados Unidos con el 7%, ocupan el cuarto y quinto puesto, respectivamente.

4. DE FRONDIZI A ALFONSÍN

En 1958 se convoca a elecciones, donde gana Arturo Frondizi, con el fuerte apoyo del peronismo, que se hallaba proscripto. Según el Presidente, la condición económica heredada de la Revolución Libertadora era dramática, siendo el principal problema el exceso de gastos sobre la producción nacional, lo que había conducido tanto a déficits comerciales como a un bajo nivel de inversión.

Solicita al Fondo que envíe una misión para elaborar un diagnóstico de la situación económica y preparar, junto a funcionarios argentinos, un programa de emergencia que el FMI contribuiría a financiar. En el partido, dentro del Gobierno y en la opinión pública, había resistencia a aplicar medidas que se contrapusieran a los ideales desarrollistas y a las promesas de la campaña electoral. Ciertas medidas inesperadas, como el lanzamiento de La Batalla del Petróleo, habían desatado una airada protesta obrera y social en la cual se entrelazaban cuestionamientos ideológicos y de procedimiento que debilitaban la posición del Gobierno frente a los inversores y las Fuerzas Armadas.

²³ <http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/Publicaciones/inf2014.pdf>

El pacto con el FMI firmado por Donato del Carril a instancias de Frondizi tenía cláusulas secretas que incluían la reducción y despido del 15% de los empleados públicos, la paralización total de obras públicas, privatización de empresas estatales, reducción y venta de frigoríficos y cierre masivo de ramales ferroviarios, restricciones crediticias, aumento de precios y congelamiento del salario mínimo por dos años.²⁴

Dos misiones del FMI estuvieron en la Argentina en agosto y noviembre de 1958. Las primeras evaluaciones del Fondo sobre la situación económica y las perspectivas de que el país aplicara un genuino programa de estabilización fueron muy pesimistas debido a dos razones: por un lado, el Gobierno de Frondizi era políticamente débil. Por otra parte, para los observadores del FMI, en la sociedad argentina no había un consenso favorable a las profundas reformas que debían realizarse tanto en materia de ajuste del gasto como de apertura económica. Aun así, a mediados de diciembre los lineamientos del plan y la habitual Carta de Intención solicitando oficialmente ayuda al FMI, ya estaban listos.

Para acceder a la asistencia solicitada, la Argentina debió modificar su política económica y obtener la convertibilidad a dólares de sus saldos comerciales favorables con los países acreedores europeos nucleados en el Club de París. A pedido del FMI el ministro de Hacienda Álvaro Alsogaray anuncia un aumento de tarifas. Alsogaray viajó a los Estados Unidos para acordar la llegada del general estadounidense Thomas Larkin a la Argentina, para un estudio de los transportes. Así el General estadounidense diseñó el denominado Plan Larkin, llevado a cabo por el Gobierno de Frondizi que contemplaba abandonar el 32% de las vías férreas existentes, el despido de 70.000 empleados ferroviarios, la reducción a chatarra todas las locomotoras a vapor, el desmantelamiento de varios trenes.

El 30 de octubre unos 200.000 ferroviarios realizan una huelga. Para contrarrestar el Gobierno de Frondizi aplica la ley marcial, se obliga a los trabajadores a presentarse al trabajo o quedar detenidos. El presidente Frondizi recurrió a gendarmería y al ejército, dándole a los militares funciones de policía interna, y sometiendo a los trabajadores ferroviarios al Código de Justicia Militar, a través del plan CONINTES (Conmoción Interna del Estado) a la vez que los detenidos fueron sometidos sistemáticamente a torturas.

²⁴ PIGNA, Felipe (2013) *Los Mitos de la Historia Argentina*, Tomo 5. Ed. Planeta.

Con este acuerdo y tras la aprobación del programa económico por parte del FMI, los organismos financieros internacionales, un consorcio de bancos privados estadounidenses y el Gobierno de Estados Unidos otorgaron 329 millones de dólares para apuntalar el Plan de Estabilización Económica con el cual se inició una nueva etapa en la política económica del Gobierno de Frondizi. La crisis económica y política hizo que Alsogaray y Constantini tuvieran que renunciar a sus cargos en abril de 1961.

A mediados de diciembre, una misión enviada para explicar a los acreedores europeos el inminente plan de estabilización esta misión reafirmó la intención argentina de seguir cumpliendo con los pagos de su deuda externa en los mismos términos que se habían pactado en 1957 y asegurando que el nuevo régimen cambiario y comercial argentino (adoptado a instancias del FMI y del Gobierno de Estados Unidos).

Por la economía de mercado, propugnada por el entonces ministro de Economía Álvaro Alsogaray, la conflictividad social se volvió insostenible desatándose numerosas y prolongadas huelgas organizadas por los sindicatos obreros. El FMI impuso la reducción a cero de los derechos de importación, el incremento de los impuestos sobre el consumo y de las tarifas de los servicios públicos. Se redujeron las retenciones a las exportaciones tradicionales y se redujeron el gasto y la inversión pública. El dólar alcanzó los \$ 138 su valor más alto en la historia hasta entonces.

La disminución de la actividad económica contrajo la base tributaria, por lo que el déficit estatal no se redujo sino que aumentó. No fue posible pagar las cuentas ni los salarios del sector público, que el ministro de Economía determinó abonar con títulos del "empréstito patriótico" forzoso.

Aldo Ferrer caracterizó así la política económica de Alsogaray: "Esa estrategia pretendió desarticular definitivamente al movimiento obrero, reinstalar los mecanismos de poder económico y la distribución vigentes antes del peronismo y asentar a la economía argentina en un marco de dependencia, nuevamente, en el sector agropecuario exportador y en los grupos comerciales y financieros ligados a ellos".²⁵

En este contexto Álvaro Alsogaray debió renunciar en 1961 y Frondizi decidió patear el tablero anunciando el levantamiento de la ilegalidad que regía sobre el Partido Peronista desde 1955. Así, en las elecciones

²⁵ Aldo Ferrer (1982) "*¿Puede la argentina pagar su deuda externa?*" Buenos Aires: Ediciones El Cid.

de 1962 el peronismo ganó la gobernación de diez de las catorce provincias, incluida Buenos Aires. Los militares le exigieron al presidente la anulación de las elecciones, aunque el Golpe militar ya era inevitable.

Finalmente el 29 de marzo de 1962 Frondizi fue detenido por miembros de las Fuerzas Armadas y destituido de la presidencia. Aramburu adhiere al FMI y Krieger Vasena asume en el Club de París como deuda financiera aquella deuda comercial flotante de 700 millones de dólares. “Desde ese momento empieza a tener peso el FMI y Estados Unidos desplaza claramente a Inglaterra como principal prestamista de la Argentina”. Esta es la etapa marcada por Krieger Vasena y Álvaro Alsogaray. “Con Frondizi la deuda pasa a 1200 millones de dólares”, indica Galasso²⁶

Ese mismo año, diversos vencimientos de deuda y una fuga de capitales ocasionaron una reducción de las reservas que tuvo un importante impacto sobre el crédito del país. Para paliar la situación, el gobierno tuvo que recurrir a un préstamo del Banco Central excediendo el límite convenido con el FMI para poder financiar sus gastos corrientes. Por esto, el Fondo declaró a la Argentina en violación de los acuerdos firmados.

La crisis económica mundial de los años 70; el tránsito brusco hacia un nuevo patrón de acumulación; la entrada acelerada al proceso de globalización de la economía mundial con un dinamismo particular en las finanzas modificó el comportamiento de las crisis financieras. Estas anteriormente eran manifestaciones de desequilibrios coyunturales de pagos internacionales. La cuarta crisis de la deuda (1982) no, pues la subida de la tasa de interés del dólar norteamericano sería una medida permanente que provocaría efectos duraderos en los órdenes monetario y financiero a nivel internacional: la apreciación del dólar, y la desinversión y descapitalización de América Latina.

Con el comienzo de la última dictadura cívico militar en Marzo de 1976, no solamente cambiará la política interna del país, sino que también la política económica del mismo, dado que, como ya se explicó, cambia el patrón de acumulación a la denominada "valorización financiera", la cual traerá ciertas consecuencias a la economía nacional en materia de deuda externa negativas.

²⁶ Norberto Galasso, *De la banca Baring al FMI, Historia de la deuda externa argentina*, Buenos Aires 1992, Ed. Colihue.

*"A fines de 1975 el total de los pasivos del sector público nacional era inferior a los 8.000 millones de dólares, algo más del 30% del PBI. Al finalizar 1983, el total de la deuda pública nacional superaba los 40.000 millones de dólares, un 64% del producto interno, dejando una pesada mochila para la democracia."*²⁷

Este incremento de la deuda estatal en más del 500% en tan sólo los siete años que duró la última dictadura es debido principalmente al incremento del gasto público por parte del gobierno militar de esa época, lo cual obligaba al estado a tomar crédito externo para cubrir el presupuesto nacional. Si bien los intereses que cobraban los privados eran algo más elevados que los más importantes organismos crediticios como lo son el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial, lo cierto es que estos privados, que eran los árabes que seguían haciendo fortuna con los llamados "petrodólares" debido a que manejaban el precio internacional del barril de crudo, no cuestionaban en absoluto el destino del dinero que se les pedía prestado ni imponían condiciones económicas o políticas, sino que su único interés era justamente "hacerlo trabajar", darlo en crédito con el fin único de obtener una rentabilidad y seguir acumulando riquezas.

En 1976 la Argentina debía aproximadamente 7.500 millones de dólares. Al final de la dictadura militar la cifra ascendía a 45.000 millones. Esta multiplicación se explicaba, en parte, por la decisión adoptada por el presidente del Banco Central, Domingo Cavallo, de asumir en nombre del estado las deudas de grandes grupos económicos privados, lo que se conoció como la famosa "estatización de la deuda" en 1982.²⁸

Al menos la mitad de la deuda externa era en realidad deuda privada estatizada. La otra parte era deuda que había ingresado como crédito a empresas públicas, como YPF o Aerolíneas Argentinas, pero que en lugar de ser utilizadas para inversiones que expandan la capacidad de dichas empresas, fueron a parar a las arcas del Banco Central y se consumieron en el financiamiento a la fuga de capitales y de importaciones.

²⁷ SELVA, R. (2014), *Desendeudamiento y después*, "Entrelíneas de la Política Económica", N° 38, mayo de 2014.

²⁸ BOUZAS, Roberto (1988) "Entre la Heterodoxia y el Ajuste". Grupo Editor Latinoamericano.

Este procedimiento de endeudamiento del Estado por un gobierno de facto haciendo cargo al conjunto de la sociedad de deudas privadas de grandes empresas y de utilización de empresas públicas para negocios financieros, generó una causa judicial llevada a cabo por Alejandro Olmos²⁹ en donde se denunciaba el carácter ilegítimo e ilegal del proceso de endeudamiento.

El 10 de diciembre de 1983 Raúl Alfonsín asumió diciendo en su discurso que no se iba a pagar la deuda externa con el hambre del pueblo. Envío al Congreso la iniciativa para crear una comisión bicameral para realizar una investigación sobre el origen de la deuda, cosa que nunca prosperó. El Banco Central creó un equipo para investigar las cuentas y detectar las irregularidades en la contabilidad de la entidad monetaria, pero en 1986 el director de Deuda Externa del Banco Central Carlos Melconian, decidió anular la investigación.

Sobre finales de la década del 1980, el peso de los intereses de la deuda externa era preocupante. Muchos los países de América Latina que durante las dictaduras militares de los 70 y 80 se había sobre-endeudado. El primer país en entrar en crisis de deuda fue México en 1982 y frente a esto el Gobierno de los Estados Unidos ideó un plan formulado por su Secretario del Tesoro, Nicholas Brady³⁰.

El programa consistía en un canje de refinanciación de la deuda, que sería comprada y luego revendida por un grupo de grandes bancos internacionales. La deuda externa total Argentina sumaba para ese entonces unos 63 mil millones de dólares. El plan financiero fue ideado por JP Morgan a pedido de quién había sido nombrado Ministro de Economía, Dr. Domingo Cavallo. Pero la tutela de la operación fue del FMI, quien exigió a cambio del rescate financiero al país algunas medidas de política económica entre las que se destacan: privatización de empresas públicas y del sistema previsional, reformas impositivas, política antiinflacionaria y de superávit fiscal, achicamiento del Estado. Si la Argentina cumplía

²⁹ Alejandro Olmos hizo en 1982 una denuncia, es la causa N° 14.467, caratulada "Olmos, Alejandro S/dcia"- Expte N° 7.723/98, que se tramitó ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 2 de la Capital Federal.

³⁰ Secretario del Tesoro de los Estados Unidos durante el mandato de Ronald Reagan y George W Bush, Su Plan evitó la creación de un Club de Acreedores y posibilitó el salvataje del sistema financiero internacional.

con ese plan, la promesa era el “acceso a los mercados financieros internacionales”.

*Por ello en la década del '80, teniendo en cuenta “el default de los pagos de los intereses de la deuda previamente contraída, la hiperinflación y la hiperdevaluación del Austral que derivó en la entrega anticipado del gobierno, la deuda superó largamente los 60.000 millones de dólares y el ratio en relación al PBI alcanzó casi el 120%.”*³¹

El presidente Alfonsín cesa en el pago de los intereses de la deuda (marzo de 1988). Produce la devaluación (6 de febrero de 1989) generando la reacción de distintos grupos económicos. Estos promueven entonces un golpe de Estado financiero, reteniendo dólares lo que provoca una estampida de la divisa extranjera y un proceso hiperinflacionario que perjudica al gobierno radical.

Derrotado por el justicialismo en las elecciones del 14 de mayo de 1989 el radicalismo deja el gobierno, antes de terminar el mandato.

5. CRISIS DE LA DEUDA

En agosto de 1982, México reconoce su incapacidad de pagar la deuda. Este hecho marca el inicio formal de la llamada crisis internacional de endeudamiento. Esto significa una toma de conciencia de la comunidad internacional de la gravedad de los problemas que podían derivarse del endeudamiento externo de los países del Sur.

La principal preocupación supone que dicha crisis deja al descubierto el grado de dependencia entre las diferentes economías nacionales y, la fragilidad del sistema bancario internacional ante el posible impago de sus deudas de los diferentes estados.

La crisis mexicana como la de otros países latinoamericanos tuvo entre sus causas:

- La caída del precio de las materias primas
- La suba del precio del dólar

³¹ BOUZAS Roberto (1988), *Entre la Heterodoxia y el Ajuste*, Grupo Editor Latinoamericano.

- Baja del volumen de nuestras exportaciones
- La degradación de los términos de intercambio comercial entre los países centrales y los periféricos.
- El fuerte incremento del precio del dólar

Ante esta situación los organismos acreedores se reúnen y toman decisiones en común. Los temas fundamentales de estas reuniones multilaterales se concentran en dos puntos:

- a) un nuevo esquema de reprogramación de los pagos de la Deuda
- b) el planteo de políticas de ajuste económico que permitan dicho pago

En ese período la coyuntura exigía el cumplimiento de los plazos acordados en 1983, tras el estallido de la crisis. La deuda para toda la región latinoamericana era muy superior al valor total de las exportaciones anuales. Por otra parte el servicio de la deuda superaba la capacidad real de llegar a alcanzar balance comercial positivo. Todo esto llevó a la mayoría de los países endeudados a renegociar la deuda con la banca transnacional, la cual impone al FMI como institución auditora y asesora de los programas de ajuste necesarios para satisfacer la deuda contraída.

Pasaron a segundo plano aspectos estructurales, sociales y políticos que podrían haberse tenido en cuenta y la discusión se elevó a términos técnicos y financieros, respondiendo a los intereses de las instituciones y gobiernos (del Norte) que lideraron dichas reuniones y reprogramaciones.

6. PLAN BAKER: "PROGRAMA PARA EL CRECIMIENTO DURADERO"

El 8 de octubre de 1985 el gobierno de los EEUU a través del Secretario del Tesoro James Baker, presentó una iniciativa de resolución del problema de la deuda que propuso una estrategia básica a seguir durante el período 1985-1988. Este plan se aplicará en los Estados considerados como fuertemente endeudados.³²

“El llamado Plan Baker fue presentado en Seúl en 1985, consiste en un programa destinado a las naciones más endeudadas mediante la aportación voluntaria por parte de la banca privada internacional

³² ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Rafael (2001) *La Deuda Externa: Aspectos Jurídicos Del endeudamiento internacional*” Ed. Universidad de Sevilla.

de 20.000 millones de dinero fresco durante los próximos tres años. El plan Baker supone el reconocimiento, por primera vez dentro de la política oficial estadounidense, del problema de la deuda como una dificultad política y de la necesidad de acompasar las violentas estrategias de ajuste con un proceso de crecimiento de las economías”³³

James Baker, en la asamblea general del Fondo Monetario Internacional (FMI) reconoce la importancia del crecimiento económico para América Latina. Sin embargo, la implementación de este plan no permite compatibilizar el pago del servicio de la deuda con este crecimiento económico. La Comisión Económica para América Latina (CEPAL) y el Acuerdo de Cartagena (organismo que agrupa a las once naciones más endeudadas de América Latina) insinúan así un cambio de tendencia en la opinión de Estados Unidos sobre la deuda externa del Tercer Mundo.³⁴

Dicho plan consistía esencialmente en:

- Los bancos comerciales aumentarían el volumen de sus préstamos
- Los países fuertemente endeudados se comprometían a poner en práctica políticas estructurales y macroeconómicas con el fin de promover el crecimiento, disminuir la inflación y llegar a un equilibrio de la balanza comercial
- El FMI y los organismos multilaterales tenían una participación central como organismos de contralor.
- Los Bancos Regionales de Desarrollo apoyarían a través de importantes préstamos de ajuste sectorial y estructural.

Este planteamiento, fue criticado pero acatado por los países endeudados, y se dijo que era “la primera vez que Estados Unidos reconoce la necesidad de dar un tratamiento político al problema de la deuda externa del Tercer Mundo”³⁵.

Baker advirtió que las naciones que se negaran a tratar la renegociación de sus deudas caso por caso o rechazaran la mediación

³³ https://elpais.com/diario/1986/01/24/economia/506905205_850215.html

³⁴ <http://repositorio.cepal.org/handle/11362/33215>

³⁵ <https://www.proceso.com.mx/142672/frente-al-plan-baker-la-mayoria-de-paises-asume-posturas-de-acatamiento>

de las instituciones financieras internacionales “no deben esperar beneficiarse con el plan sobre endeudamiento; los créditos adicionales no llevarán en ese caso y (el país) sufrirá daños en su crecimiento futuro”.

Estas amenazas fueron consideradas, en su momento, como una advertencia de que Estados Unidos mantenía su posición de fuerza como mediador ante la banca acreedora internacional, que se mostraba cada vez más renuente a otorgar créditos a los países más endeudados y, también, como “una advertencia a los países latinoamericanos en general, para que desistieran de su posición de bloque, y a Perú en lo particular, que se rebelaba a pagar su deuda completa y a negociar con el Fondo Monetario Internacional”³⁶

En realidad se volvía a renegociar y a escalonar la deuda durante varios años y al mismo tiempo favorecer un flujo de nuevos préstamos a estos países.

7. LA DEUDA EXTERNA EN EL PERÍODO MENEM Y DE LA RÚA

En el gobierno de Carlos Menem se sancionaron dos leyes importantes: la reforma del Estado y la Emergencia Económica. Leyes que significaron una normativa sobre una reforma administrativa, sobre privatizaciones, la participación del capital privado, entre otras. Como resultado puede destacarse una pronunciada disminución de la producción industrial, una importante reducción de la inflación que llega al 9% mensual y una pronunciada pérdida de divisas.

Las empresas se endeudaron en el exterior en 39.579 millones: a un ritmo de 4.000 millones anuales hasta 1996 y 7.800 millones a partir de 1997. Estas cifras tienen dos lecturas. Por un lado, contrasta con lo que ocurría hasta mediados de 1989, cuando el financiamiento externo para las empresas locales era inexistente. El 2 de junio de 1989, cuando Alfonsín salía del gobierno, la Argentina había suspendido el pago de su deuda externa, razón por la cual nadie en el exterior quería prestarle ni al sector público ni al privado. En los casi seis años del gobierno de Alfonsín la deuda pasó de 45 mil millones a 65 mil millones.

³⁶ <http://www.proceso.com.mx/142672/frente-al-plan-baker-la-mayoria-de-paises-asume-posturas-de-acatamiento> Revista Proceso 12-1985

Hasta entonces, las empresas accedían internacionalmente sólo a líneas comerciales que, con la cesación de pagos de la Argentina, se habían cortado abruptamente. Por esa razón, lo que adeudan las empresas al exterior es un hecho sin precedentes desde fines de la gestión de Martínez de Hoz. Además, parte de esa deuda fue destinada a inversiones y compras de empresas.

Por otro lado, se produce un acelerado endeudamiento privado, a un ritmo muy superior al crecimiento de la economía. Las exportaciones, por ejemplo, aumentaron en el mismo lapso el 173%, en decir 16.777 millones. Desde ese punto de vista, dado que la facturación en dólares al exterior creció más lentamente que la deuda externa de los privados, las empresas tienen una situación financiera más comprometida que hace una década.

Entre los principales deudores externos argentinos se destacan las empresas petroleras, las mineras y las empresas privatizadas. Dentro de éstas, sobresalen las firmas del sector de las comunicaciones, electricidad, gas y agua. Otros sectores que participan significativamente del endeudamiento son el alimentario, las bebidas y el tabaco (4.077 millones)³⁷

Menem aplicó el Plan Brady³⁸, quien era el Secretario del Tesoro del gobierno de los Estados Unidos. El Plan buscó reestructurar la deuda contraída por los países periféricos con bancos comerciales, en el ámbito de la Crisis de la deuda latinoamericana que se basaba en operaciones de reducción de la deuda y el servicio de la deuda efectuada voluntariamente en condiciones de Mercado. El fundamento de este análisis era que en los países emergentes había un exceso de deuda y eso llevaba a disminuir las posibilidades de inversión. Por lo tanto proponía reducir el saldo deudor a partir de la ampliación de los plazos de pago. Este nuevo escenario conllevaría una mayor inversión productiva que daría como resultado el incremento de la capacidad de pago.

³⁷ http://www.mecon.gov.ar/cuentas/internacionales/obligaciones/obl_ext.htm (29-06-2017).

³⁸ El Plan Brady, enunciado en marzo de 1989, fue un proyecto de reestructuración de la deuda externa de los países de América Latina frente a su incapacidad de pagar efectivamente. Elaborado por el Secretario de Tesoro estadounidense, Nicholas Brady, consistía en una reducción del valor de la deuda, sea del monto bruto o sus intereses.

Pero a partir del Plan Brady³⁹ se produjo una revalorización de la deuda gracias a la reestructuración y a los pagos voluntarios. Así el monto de la deuda ascendió a 31.600 millones de dólares.

Por otra parte, las entidades bancarias internacionales poseedoras de deuda argentina, buscaron desprenderse de los activos que parecían incobrables. Con ese fin emitieron bonos que fueron vendidos posteriormente a tenedores particulares a un precio bajo.

Con el plan Brady Argentina se compromete a:

- Mantener un tipo de cambio fijo (política monetaria restringida).
- Política fiscal: generación de un superávit primario de un promedio de 3.300 millones de dólares por año.
- Aumento de las exportaciones del 6% anual (por desregulación y aumento en la productividad).
- Aumento de las importaciones (por apertura de la economía y recuperación de la inversión).
- Aumento en la entrada de capital privado (inversión directa y repatriación).
- Reformas impositivas y previsionales y privatizaciones.
- Disminución de puestos de trabajos de empresas públicas
- Aumento de las reservas netas y disminución del encaje legal (incremento de la inversión y del ahorro interno).
- Destinar el 2% del PBI para atender pagos de deuda interna y externa.
- Eliminación de los atrasos no refinanciables del pago de la deuda.
- Desarrollo del mercado de capitales (por eximición de impuesto a las ganancias de capital a los inversionistas extranjeros por venta o transferencia de acciones).

³⁹ BRADY, Nicholas, *A reexamination of the debt strategy*, en FRIED, Edward, TREZISE, Philip (comps.), "Third World Debt", Brookings Institution, Washington, 1989, pp. 69-76.

En términos prácticos, el plan permitiría en el corto plazo que las empresas puedan acceder a créditos en dólares a tasas más bajas que las actuales. Se produjo una importante disminución de la deuda pública externa con los bancos (U\$S 6.500 millones), por efecto de la implementación del plan Brady y de los canjes de títulos por privatizaciones de empresas públicas.

También como efecto del plan Brady, aumentó significativamente la deuda con los Organismos Internacionales en U\$S 4.380 millones.

En síntesis:

- 1) El plan Brady reestructuró la deuda externa argentina, aunque significó un mayor endeudamiento, dado que si bien se obtuvo un pequeño descuento de la deuda con los bancos, éste fue inferior a los desembolsos que hubo que realizar para comprar las garantías y pagar los intereses atrasados.
- 2) En 1991 había una deuda contingente del gobierno con los jubilados y las empresas contratistas del Estado, que ascendía a unos U\$S 18.400 millones, que se resolvió a través de bocones, de los que se emitió aproximadamente un 70% en dólares, convirtiendo deuda interna en externa.
- 3) El estilo de privatización de empresas públicas adoptado, en donde se privatizaron los activos pero los pasivos quedaron en manos del gobierno. Así de los U\$S 27.700 millones de deuda externa de empresas estatales, U\$S 16.600 millones corresponden a empresas ya privatizadas.

En definitiva, la deuda externa argentina aumentó sustancialmente desde 1991 a 1993, aunque se produjo una recomposición de la misma. “Los más beneficiados fueron los bancos acreedores, quienes disminuyeron la exposición de sus balances a través del plan Brady, transfiriendo el problema a los Organismos Financieros Internacionales, y lograron convertir una deuda de vieja data”, relativamente muy alta y, por lo tanto, de dudoso pago, en una nueva deuda con cláusulas y restricciones que penalizan fuertemente el atraso en los pagos.

La política económica aplicada fue que “para salir de la hiperinflación, comenzó a aplicarse una política que se llamó la convertibilidad del peso, disponiendo su paridad uno a uno con el dólar, al tiempo que se aplicó una fuerte “reforma de Estado” que en lo fundamental supuso la desregulación de las actividades económicas y la privatización

de las empresas públicas, así como de algunas funciones cumplidas por aparatos estatales”⁴⁰

Para sostener el sistema de la convertibilidad era indispensable un ingreso de dólares, de manera tal que creciera la moneda interna pues estaba íntimamente vinculada al dólar, ya no era posible un tratamiento independiente. Pero no debemos olvidar que en este período se completó la desindustrialización del país comenzada en 1976, cayeron nuestras exportaciones y los dólares que ingresaban eran insuficientes y eso acrecentó el endeudamiento. El país fue perdiendo competitividad internacional con sus exportaciones debido a la moneda fuerte, agregado a la desregulación y al ingreso de inversiones financieras que buscaban las altas tasas que nuestro sistema pagaba. Así es que fue disminuyendo progresivamente el ingreso de dólares y el endeudamiento fue creciendo.

En los años 90’ creció el PBI pero a la par creció el desempleo, A partir de 1995-96 se frenó el crecimiento, la riqueza se concentró, creció la pobreza. El círculo vicioso de la deuda crece porque el sector público sigue endeudándose y muchos de los préstamos son para pagar la deuda o sus intereses En 1992, el ministro Domingo Cavallo renegoció la deuda externa y logra ciertas postergaciones de las fechas de pagos y algunas reducciones de montos. Pero, el endeudamiento siguió aumentando y absorbió todo lo que se pudo haber obtenido por las privatizaciones de las empresas del Estado.

El escenario nacional presentaba una situación compleja: se mezclaban elementos como falta de competitividad e insuficiencia de ingreso de divisas por exportación y, por otra parte había una grave situación de disminución de los ingresos fiscales por el freno al crecimiento que venía desde 1995. Las medidas del gobierno fueron políticas de ajuste que contribuyeron aún más a deprimir la economía, disminuyendo el consumo interno y la producción y, consecuentemente, disminuyendo los ingresos fiscales. Ante eso se volvió a reaccionar con ajustes, iniciando un proceso permanente de deterioro. Había una gran necesidad de ingreso de dólares que fueron atraídos por las inversiones financieras con el consecuente debilitamiento de la economía nacional. El “círculo vicioso: deuda, ajuste, deterioro económico, mayor deuda y ajuste” se fue profundizando hasta límites insostenibles

⁴⁰http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/argentina/flacso/no_8_NOCHTEFF_Experiencia_Argentina.pdf

En el año 1999 hubo elecciones Presidenciales, el 24 de octubre de 1999. El resultado de los comicios dio por ganadora a la fuerza política de la ALIANZA, que obtuvo el 48,5 por ciento de los votos y estaba integrada por la fórmula De la Rúa-Carlos Álvarez. Esta misma fuerza política obtuvo mayoría en las elecciones legislativas parciales que se celebraron en la misma fecha.

Los temas de campaña se centraron en un discurso que apuntaba a la superación de las dificultades del modelo económico y social heredado del "menemismo", pero sin cambios sustanciales. Se garantizaba la continuidad del régimen de Convertibilidad

La gestión del nuevo presidente había despertado gran expectativa, pero se fue deteriorando muy rápidamente a causa de la recesión económica y la delicada situación financiera del país. En agosto de 2000, la crisis llegó a las filas gubernamentales por las graves acusaciones contra el poder ejecutivo sobre sobornos millonarios a senadores peronistas y aliancistas para sacar adelante una polémica reforma del mercado de trabajo.

La gestión del Presidente Radical continuó intentando paliar al déficit adoptando medidas de aumento de impuestos y reducción de gastos. Esto resultó contraproducente pues fue una gran presión hacia la clase media, o sea hacia sus propios electores. El objetivo de tales medidas intentaba calmar a los mercados y continuar beneficiándose de ayudas del FMI.

El año 2000 en su primer trimestre hubo un nuevo ministro de economía con amplios poderes, así fue designado Domingo Cavallo ex ministro del presidente Menem

El flamante ministro de economía renegoció la deuda externa con el FMI en varias oportunidades hasta fines del año 2001. Así se sucedieron diferentes préstamos multimillonarios con el fin de evitar una bancarrota. Pero en paralelo se llevaban a cabo medidas de recorte del gasto público y crecía el déficit fiscal.

La implementación de un Plan de Ajuste que debía asegurar un "crecimiento sostenible" vino a acompañar un nuevo crédito de 8.000 millones de dólares. Pero a la vez había que afrontar el pago del servicio de la deuda por 130.000 millones de dólares, lo que comprometía el 45 por ciento del PIB nacional. El país sufría en paralelo una gran fuga de capitales.

El escenario en la segunda mitad del año 2001 era grave: el país se quedó sin acceso al crédito externo, en grave recesión, en déficit y sin reservas.

Se acude a una medida desesperada: el primero de diciembre de 2001 el Ministro de Economía declaró la restricción al retiro de depósitos bancarios, vulgarmente llamado “corralito”

A partir de entonces, se autorizaba a retirar del banco un máximo de mil dólares. La situación social empeoró significativamente, en medio de una recesión que se extendería hasta el 2002.

El presidente De la Rúa, tomó una decisión equivocada, decretando el Estado de Sitio. El 19 y el 20 de diciembre, miles de personas salieron a manifestarse a las calles en todo el país, provocando violentos choques y enfrentamientos con la policía, durante los cuales murieron varias personas.

Estos sucesos, provocaron el 20 de diciembre de 2001, la renuncia del presidente Fernando de la Rúa en medio del conflictivo “corralito” financiero sobre los depósitos y en un contexto de fuerte fuga de capitales.

Tras un interinato de dos días a cargo del senador Ramón Puerta, el 23 de diciembre asumía como presidente Adolfo Rodríguez Saá, hasta ese momento gobernador de la provincia de San Luis. Ese mismo día declaró la cesación de pagos, lo que significó el “default” de la Argentina con respecto a su deuda externa. Esta decisión fue recibida con una ovación por la Asamblea Legislativa.

Durante la semana que duró su gestión continuaron normalmente los pagos de la deuda a los organismos financieros internacionales, como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo. A fines de 2001, la deuda pública sumaba 145.000 millones de dólares.

El titular de la Cámara de Diputados Eduardo Caamaño asumió como presidente interino. El 1° de enero del 2002 la Asamblea eligió a Eduardo Duhalde, como Presidente para completar el mandato de De la Rúa hasta diciembre de 2003.

Mario Rapoport en su análisis “La deuda externa Argentina y la soberanía jurídica”⁴¹ señala que “con el predominio de las finanzas en la economía mundial sobre la actividad productiva se ha producido

⁴¹http://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/10826/CONICET_Digital_Nro.13733.pdf?sequence=1&isAllowed=y

lo que Marichal llama “el dilema [...] entre soberanía nacional y globalización financiera”.⁴²

⁴² MARICHAL SALINAS, Carlos, *El regreso de las deudas externas*, El País, Madrid, 16/07/2014, https://elpais.com/elpais/2014/07/08/opinion/1404817411_574216.html

CAPÍTULO 2

LA DEUDA EXTERNA ARGENTINA. APORTES DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Martin Lorences

1. INTRODUCCIÓN

La crisis originada por la deuda externa y sus procesos de reestructuración soberana son unos de los grandes problemas de América Latina en general y de Argentina en particular. Se la aborda desde las relaciones internacionales, las ciencias políticas, la economía, la historia y demás áreas científicas, pero quizás sea en el ámbito del Derecho Internacional Público donde se puedan encontrar señales para un abordaje de la problemática que verdaderamente tenga en consideración la necesidad de los Estados en desarrollo. Con aportes doctrinarios argentinos como la doctrina Calvo, Drago y Espeche Gil, con una visión robusta acerca de los principios generales del derecho y de las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Derecho Internacional Público se encontraría en condiciones de ser el canal más apropiado para reconstruir un sistema internacional más equitativo, por lo menos en materia de deuda externa y reestructuración de deuda soberana.

2. LA DEUDA EXTERNA ARGENTINA, *HOLD-OUTS* Y LAS NACIONES UNIDAS

La deuda externa es uno de los problemas contemporáneos que más aflige a los Estados en desarrollo. La solución de esta problemática requiere el compromiso global de todos los sujetos del Derecho Internacional.

El propio Henry Kissinger, citado por Espeche Gil sostiene que América Latina pagó 235.000 millones de dólares en intereses, pero su endeudamiento se ha incrementado en 50.000 millones de dólares. América Latina, una región subdesarrollada sostiene el ex Secretario de Estado estadounidense, se ha convertido en un exportador neto de capital, lo cual constituye una situación tanto insostenible como injusta¹.

¹ ESPECHE GIL, Miguel Ángel (1989). *Ilícitud del alza unilateral de los intereses de la deuda externa*. Ponencia publicada en el Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional de abril de 1989, p. 2.

A partir del golpe militar de 1976, se inició un cambio político, económico pero también jurídico, que va a subvertir la tradición argentina en materia de tratamiento al capital extranjero, pero por sobre todo al abordaje de la deuda externa. Así la ley 21.305 eliminó toda restricción a la prórroga de jurisdicción que estaba prohibido en la legislación vigente.²

Esta reforma política, económica y jurídica, dejó al libre arbitrio de las entidades financieras la fijación de las tasas de interés, tanto activa como pasiva, al mismo tiempo que se instauró al Banco Central de la República Argentina (BCRA) como prestamista de última instancia, a través de un sistema de garantía de los depósitos, que cubría las operaciones financieras dispuestas por el mercado, y con ello, trasladaba el riesgo empresario al cuerpo social del país, cargando el riesgo implícito de cada operación al erario público, mediante el prestamista de última instancia que era el BCRA.³

La deuda externa en 1975 correspondía a 8.948 millones de dólares, a fines de 1983 ascendía a 44.300, a 1989 era de 62.500 millones de dólares, al fin del gobierno de Menem en 1999 era de 146.000, en 2001 de 180.000 y hacia 2003 la deuda ascendía a 200.000. En la actualidad la suma ha vuelto a superar los 180.000 millones de dólares.⁴

A partir de 1979 y como consecuencia del “shock” petrolero, se hallaban disponibles grandes cantidades de fondos líquidos en el mundo, que si no eran invertidos podrían ocasionar serias perturbaciones en el sistema financiero internacional. La solución hallada fue la de instruir a los bancos comerciales internacionales para colocar ese excedente en préstamos a países que pudieran absorber esa colocación.

En 1989 se adoptó una estrategia para el tratamiento de la deuda latinoamericana y para la ampliación de los mercados financieros. El primer paso fue remplazar las deudas directamente relacionadas con los bancos por títulos públicos. Las deudas bancarias de los países se reemplazaron por bonos que cotizaban en las bolsas, de esta manera se retiró

² FORERO, Néstor (2016). *El crimen de la deuda externa*. Ediciones Fabro. Buenos Aires, Argentina, 2016, 22.

³ FORERO, Néstor, “*El crimen de la deuda externa*”. Ediciones Fabro. Buenos Aires, Argentina., 2016, p. 57.

⁴ FORERO, Néstor, “*El crimen de la deuda externa*”. Ediciones Fabro. Buenos Aires, Argentina., 2016, p. 26.

todo riesgo a los bancos y los bonos pasaron a ser colocados en los ahorristas externos.⁵

Por una deuda externa de 7.800 millones de dólares se pagó más de 275.400 millones de dólares y aun se deben más de 173.000 millones de dólares. La República Argentina ha pagado una y otra vez una deuda, de la cual se puede objetar su legitimidad.

La problemática de la deuda externa se agrava aún más cuando se combina con la multiplicidad de litigios generados por los acreedores de bonos impagos y que no participaron en los procesos de reestructuración de deudas iniciadas por Argentina.

La estrategia de los holdouts consiste en comprar bonos impagos emitidos por el Estado deudor a un precio muy reducido e interponer demandas judiciales agresivas contra los gobiernos con el objeto de obtener el pago de las deudas a su valor nominal, más interés, gastos y costas. Esta operatoria genera beneficios desde un 200% hasta un 3000%.⁶

La actitud de los holdouts sumado a las sentencias de los tribunales internacionales, representan un importante atentado hacia la reestructuración de la deuda soberana internacional, ya que elimina incentivos para que los acreedores participen en las renegociaciones de las deudas.

Forero⁷ (278:2016), destaca la doctrina de la “deuda odiosa”, doctrina jurídica internacional y vigente, la cual tuvo su origen en Estados Unidos. Su formulación resalta la inexigibilidad de las obligaciones que se contraen y pesa sobre el pueblo sin que las mismas hayan significado beneficio alguno para este. En 1923 en el caso “Costa Rica c/ Reino Unido”, donde el ex Presidente de los Estados Unidos William Taft oficio de árbitro se sostuvo que las transacciones estaban viciadas de irregularidades, y por ello las deudas así contraídas no pueden ser exigidas.

⁵ FORERO, Néstor, “El crimen de la deuda externa”. Ediciones Fabro. Buenos Aires, Argentina., 2016, p. 118.

⁶ LEBENSOHN, Florencia Delia (2016). “*Los principios básicos de los procesos de reestructuración de la deuda soberana: análisis a la luz del derecho internacional*”. Revista Latinoamericana de Derecho Internacional. Numero Marzo de 2017., p. 3.

⁷ FORERO, Néstor (2016). “*El crimen de la deuda externa*”. Ediciones Fabro. Buenos Aires, Argentina. P. 278.

Esta doctrina de la deuda odiosa puede ser uno de los principales susten-
tos jurídicos de una potencial presentación impulsada por Argentina y el
G77 + China ante la Corte Internacional de Justicia.

La UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas para el Comer-
cio y el Desarrollo) sostuvo que la ausencia de tribunales globales encar-
gados de las resoluciones de disputas vinculadas con procesos soberanos
de reestructuración, es uno de los grandes problemas que concierne a los
procesos de reestructuración de deuda.⁸

En definitiva, existe un sistema jurisdiccional fragmentado en mate-
ria de reestructuración de deuda soberana, donde los tribunales locales no
solo resuelven cuestiones preliminares o aisladas, sino que por el contrario
están tomando decisiones sustanciales con verdadero impacto global.⁹

Una solución, en miras de crear un sistema internacional en mate-
ria de deuda soberana más eficiente y comprensiva de las necesidades de
los Estados en desarrollo, sería el establecimiento de una institución in-
ternacional permanente e independiente, ya sea en el ámbito de los tribu-
nales existentes como la Corte Internacional de Justicia o un órgano
completamente nuevo.¹⁰ Este órgano independiente podría transformarse
en materia de deuda pública en una verdadera fuente de certezas y segu-
ridad jurídica tanto para el sector privado como para los Estados.

Hasta la fecha y ante la ausencia de un nuevo sistema, el ámbito
multilateral y democrático de las Naciones Unidas continúa siendo el
ámbito más propicio para abordar estas problemáticas.

El Grupo de los 77 (G-77) se estableció el 15 de junio de 1964 por los
signatarios de setenta y siete Estados en desarrollo. Este grupo de países es
la mayor organización intergubernamental de países en desarrollo en las Na-
ciones Unidas, que proporciona los medios para que los Estados puedan ar-
ticulizar y promover sus intereses económicos y colectivos así como también
mejorar su capacidad de negociación conjunta sobre los principales temas
económicos internacionales y promover una eficiente cooperación sur-sur.

⁸ UNCTAD, (2015). *“Hoja de ruta y guía para la reestructuración de la deuda soberana”*, p. 3.

Disponible http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/gdsddf2015misc1_en.pdf.

⁹ LEBENSOHN, Florencia Delia, ob. cit., p. 5.

¹⁰ LEBENSOHN, Florencia Delia, ob. cit., p. 8.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de la Resolución N° 68/304 del 9 de septiembre de 2014 manifestó la necesidad de hallar una solución oportuna, eficaz y duradera al problema de la deuda de los países en desarrollo con el fin de promover el crecimiento económico inclusivo y su desarrollo. La Resolución recalco que con carácter prioritario se debe elaborar un nuevo marco jurídico multilateral para los procesos de reestructuración de la deuda soberana. Sin embargo, como es de esperar, las posturas de los Estados no fue unánime. Por un lado Estados Unidos defendió un enfoque típicamente contractual o de mercado para solucionar la problemática, mientras que Argentina y Jamaica se mostraron a favor de la generación de un marco más robusto, típicamente multilateral y con normas vinculantes para sus miembros.

En el marco de la 102° sesión plenaria de la AGNU y con el impulso del G 77 + China, se aprobó la Resolución N° 69/319 del 2015, con 136 votos a favor, 6 votos en contra y 41 abstenciones.

La Resolución adopto los siguientes nueve principios:

- 1) *Un Estado soberano tiene derecho, en el ejercicio de su facultad discrecional, a elaborar sus políticas macroeconómicas, incluida la reestructuración de su deuda soberana, derecho que no debe verse frustrado ni obstaculizado por medidas abusivas. La reestructuración debe hacerse como último recurso y preservando desde el inicio los derechos de los acreedores.*
- 2) *El principio de que el deudor soberano y todos sus acreedores deben actuar de buena fe implica su participación en negociaciones constructivas de reestructuración de la deuda soberana y en otras etapas del proceso con el propósito de restablecer la sostenibilidad de la deuda y el servicio de la deuda de manera rápida y duradera y de obtener el apoyo de una masa crítica de acreedores mediante un diálogo constructivo acerca de las condiciones de la reestructuración.*
- 3) *El principio de la transparencia debe promoverse para aumentar la rendición de cuentas de los interesados, lo que puede lograrse compartiendo oportunamente tanto datos como procesos relacionados con la renegociación de la deuda soberana.*
- 4) *El principio de la imparcialidad exige que todas las instituciones y agentes involucrados en las reestructuraciones de la deuda soberana, incluso a nivel regional, de conformidad con sus mandatos respectivos, sean independientes y se abstengan de ejercer toda*

influencia indebida en el proceso y en otros interesados o de realizar actos que generen conflictos de interés o corrupción o ambos.

- 5) El principio del trato equitativo impone a los Estados la obligación de abstenerse de discriminar arbitrariamente a los acreedores, a menos que la diferencia de trato esté justificada conforme a derecho, sea razonable y se corresponda con las características del crédito, garantice la igualdad entre los acreedores y sea examinada por todos los acreedores. Los acreedores tienen derecho a recibir el mismo trato en proporción con su crédito y con las características de este. Ningún acreedor o grupo de acreedores debe ser excluido a priori del proceso de reestructuración de la deuda soberana.*
- 6) El principio de la inmunidad soberana de jurisdicción y ejecución en materia de reestructuración de la deuda soberana es un derecho de los Estados ante los tribunales internos extranjeros y las excepciones deberán interpretarse de manera restrictiva.*
- 7) El principio de la legitimidad implica que al establecer instituciones y realizar operaciones relacionadas con la reestructuración de la deuda soberana se deben respetar, en todos los niveles, los requisitos de inclusión y el estado de derecho. Los términos y condiciones de los contratos originales seguirán siendo válidos hasta que sean modificados mediante un acuerdo de reestructuración.*
- 8) El principio de la sostenibilidad significa que las reestructuraciones de la deuda soberana deben realizarse de manera oportuna y eficiente y crear una situación de endeudamiento estable en el Estado deudor, preservando desde el inicio los derechos de los acreedores y a la vez promoviendo el crecimiento económico sostenido e inclusivo y el desarrollo sostenible, minimizando los costos económicos y sociales, garantizando la estabilidad del sistema financiero internacional y respetando los derechos humanos.*
- 9) La reestructuración por mayoría implica que los acuerdos de reestructuración de la deuda soberana que sean aprobados por una mayoría cualificada de los acreedores de un Estado no se verán afectados, perjudicados u obstaculizados de otro modo por otros Estados o por una minoría no representativa de acreedores, que deben respetar las decisiones adoptadas por la mayoría*

de los acreedores. Debe alentarse a los Estados a que incluyan cláusulas de acción colectiva en sus emisiones de deuda soberana; (...)

¿Qué efectos jurídicos tienen estos principios? ¿A todos los principios enumerados por la Resolución N°69 se los pueden considerar como Principios generales del derecho?

De los principios enumerados por la Resolución de la AGNU, solo el principio de buena fe, imparcialidad e inmunidad soberana de jurisdicción y ejecución se lo puede considerar como principios generales del derecho, y por ende fuente del Derecho Internacional Público. Esto en razón de que estos principios mencionados ya se consideraban principios generales con anterioridad a la Resolución 69. Los restantes principios enunciados no pueden revestir tal carácter, debido entre otras razones a que el la propia Resolución se votó con un importante número de abstenciones¹¹ y con seis votos negativos. En consecuencia los demás principios enunciados por la Resolución no revisten el carácter de vinculantes.

Es legítimo que los deudores formen un frente de países endeudados, desarrollando un plan económico alternativo. En estas circunstancias tanto la Asamblea General de las Naciones Unidas como desde procesos de integración regional como UNASUR o CELAC, pueden servir de plataforma para la generación de estructuras económicas internacionales más justas, equitativas y que tengan en consideración las problemáticas particulares de los Estados en desarrollo.

Este potencial nuevo sistema institucional internacional abocado a la generación de un marco que impulse la materialización de las demandas de los Estados en desarrollo en un ámbito de suma sensibilidad como es la reestructuración de la deuda soberana, se va sostener en principios propios del Derecho Internacional Público. En este campo la doctrina Argentina ha realizado aportes sustantivos, que fueron perfilando un claro posicionamiento en materia de igualdad soberana de los Estados, prohibición de cobro compulsivo de deuda pública y la búsqueda a través de los propios medios que ofrece el Derecho Internacional, como la Opinión Consultiva, de un marco adecuado para una inserción internacional en condiciones más equitativas.

¹¹ LEBENSOHN, FLORENCIA DELIA, ob. cit., p. 41.

De esta manera en los apartados venideros, se abordarían tanto los aportes doctrinarios argentinos como las Resoluciones de la AGNU, los principales aspectos de las Opiniones Consultivas ante la CIJ y los efectos de los principios generales del Derecho como fuente del DIP, siempre con la perspectiva de señalar al Derecho Internacional Público como el sistema jurídico que más puede hacer en materia de generar un nuevo sistema donde se contengan las necesidades de los Estados más débiles del sistema internacional.

3. APORTES DOCTRINARIOS ARGENTINOS AL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EN EL ÁMBITO DE LA DEUDA PÚBLICA

3.1. LAS DOCTRINAS CALVO Y DRAGO

En tiempos en que los países Latinoamericanos en general y Argentina en particular transitaban su etapa de consolidación de los Estados-Nación, lo hacían atravesados por inestabilidades tanto económicas como institucionales. La injerencia de las potencias extranjeras en los asuntos internos de los Estados latinoamericanos era moneda corriente.

El cobro compulsivo de deuda, ya sea mediante bloqueos navales a los puertos, intervenciones armadas, asalto a las aduanas, y presiones diplomáticas, configuraban parte de la batería de medidas abusivas por parte de los Estados exportadores de capital hacia los países de América Latina a lo largo de todo el siglo XIX y comienzos del siglo XX.

El bloqueo naval Anglo-francés a la Provincia de Buenos Aires en 1845, la intervención armada francesa en México en 1862, y el bombardeo al puerto de Venezuela en 1902, desencadenaron, entre otros hechos, en la respuesta argentina mediante las Doctrinas Calvo y Drago.

La Doctrina Calvo, surgió como consecuencia de las declaraciones del diplomático argentino Carlos Calvo en ocasión de la intervención armada de Francia en México. Calvo sostuvo que un Estado es independiente en virtud del principio de igualdad de los Estados, no debiendo en consecuencia ser sometido a la injerencia de otros países. Asimismo expresó que los extranjeros no debían gozar de mayores derechos y privilegios que los nacionales y debían solucionar sus controversias en la jurisdicción local del Estado reclamado. La Doctrina Drago tiene su origen en una nota que enviara al gobierno de Estados Unidos el por entonces Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, Luis María Drago, el 29 de diciembre de 1902, con motivo de un bombardeo y asalto a la Aduana venezolana que efectuara una flota conjunta del Reino Unido, Inglaterra e Italia. En la nota

Drago formula la tesis de que la deuda pública no es óbice para una intervención armada contra el Estado deudor.

Ambas Doctrinas son consideradas como un aporte sustantivo de América Latina al Derecho y a la política internacional.-

3.2. LA DOCTRINA CALVO

En 1868, a pesar de que la mayoría de los países latinoamericanos eran independientes, aún no podían definirse con la característica de la estabilidad y con unos gobiernos verdaderamente democráticos. Guerras civiles y revoluciones repentinas causaban muy a menudo cambios de gobiernos. Además, la soberanía no podía desarrollarse y seguir su curso natural debido a las injerencias extranjeras por las reclamaciones diplomáticas que los inversores europeos y norteamericanos llevaban a cabo, respaldados por el derecho internacional de la época que garantizaba el derecho de intervención sin ninguna restricción.

Una ofensa dirigida a un ciudadano extranjero era directamente una ofensa también al Estado al cual él pertenecía, y ese Estado tenía todo derecho a obtener justicia en la forma que más le pareciera, inclusive la fuerza armada. Queda claro que el instrumento del derecho de intervención sirvió con frecuencia para sostener reclamaciones sin algún fundamento o *casus belli* para una intervención militar, del cual el Imperio mexicano de Maximiliano de Habsburgo es un ejemplo muy claro.¹²

Carlos Calvo¹³, jurista y diplomático argentino, en su monumental tratado de seis tomos “Derecho Internacional teórico y práctico”, publicado en 1868, expone los principios básicos de su doctrina, tomando como fundamentos los principios de la soberanía nacional, la igualdad entre ciudadanos nacionales y extranjeros, y la jurisdicción territorial. Su tesis fue el resultado de la intervención que sufrió México en 1861 por los gobiernos de Inglaterra, Francia y España con el pretexto de deudas impagas, y que finalizó con la conquista del país azteca y la imposición de un gobierno imperial extranjero (Maximiliano de Austria). Calvo, a su vez tuvo

¹² TAMBURINI, Francesco (2002), *Historia y destino de la Doctrina Calvo: ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?* “Revista de estudios histórico-jurídicos”, N° 24, Valparaíso, p. 56.

¹³ Carlos Calvo (1824-1906). Jurista y diplomático. Tratadista. Fundador del Instituto de Derecho Internacional de Gantes, Bélgica.

en cuenta la explotación vivida por Perú, Bolivia y Chile por las compañías inglesas dedicadas a la comercialización del guano fertilizante¹⁴.

La Doctrina Calvo sostiene dos conceptos bien diferenciados: I) Los Estados soberanos gozan del derecho de estar libres de cualquier forma de interferencia por parte de otros Estados; II) Los extranjeros gozan de los mismo derechos que los nacionales y, en caso de pleitos o reclamaciones, tendrán la obligación de recurrir ante los tribunales locales sin pedir la protección e intervención diplomática de su país de origen. (Tamburini: 2002; 2)¹⁵. Este segundo punto de la Doctrina Calvo se ha llevado al campo de las inversiones extranjeras directas, por lo cual el inversor extranjero no debe gozar de una situación más favorable que los inversores locales y tanto sus derechos como obligaciones deben ser determinados bajo la jurisdicción exclusiva del Estado receptor del capital.

Aplicando la Doctrina Calvo, el por entonces Canciller argentino Carlos Tejedor en 1872, sostuvo, a propósito de una propuesta histórica por perjuicios sufridos por ingleses atacados por indígenas de la región de Bahía Blanca, que si los nacionales ingleses estaban sometidos a las leyes argentinas, no podían pretender una protección mayor que la ofrecida a los nacionales del país.¹⁶

De la Doctrina, se desprende con posterioridad la “Cláusula Calvo”, introducida en los Tratados internacionales, con la finalidad de obligar a los ciudadanos extranjeros a que en caso de controversias contra el Estado en el que se radican, resuelvan la controversia en los tribunales locales, renunciando por ende a todo tipo de ayuda diplomática de sus propios gobiernos.

Como era de esperarse la Doctrina Calvo no tuvo ningún reconocimiento ni aceptación en Europa ni Estados Unidos, pero sí en Latinoamérica,

¹⁴ RAYA DE VERA, Eloísa (2011). *Relación entre ciertos principios del derecho regional consuetudinario y los acuerdos de inversión (bilaterales y regionales) en el ámbito latinoamericano*. Flacso. Buenos Aires, p. 22.

¹⁵ TAMBURINI, Francesco, ob. cit., p. 2.

¹⁶ DIAZ MULLER, Luis Teodoro (1986). *Deuda externa y Derecho Internacional: Las deudas odiosas, la carta Tate y otros misterios*, en Díaz Muller, Luis Teodoro “Deuda y Derechos Humanos”, Universidad de México, Ciudad de México, p. 71.

donde fue adoptada en la Primera Conferencia Internacional de Estados Americanos en 1869.¹⁷

A su vez, la Doctrina Calvo fue receptada en algunas constituciones de estados latinoamericanos.¹⁸ Es particular el caso de México, en su Constitución de 1917, aprobada en el gobierno de Venustiano Carranza, el art. 27 inc. 1º regula que:

“... El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de relaciones exteriores en considerarse nacionales respecto de dichos bienes y en no evocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquellos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la nación los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo...”

Si se tiene en cuenta que para 1917, cuando se dicta la Constitución de México, el 90% de los recursos petrolíferos mexicanos pertenecían a empresas extranjeras, la incorporación de la Doctrina Calvo en su texto constitucional fue un hito para el derecho y la política latinoamericana. En el mismo orden de ideas, en la reformada Constitución Política del Estado de Bolivia del año 2009, se estipula en el Artículo N° 320 que la inversión boliviana será priorizada frente a la inversión extranjera y que toda Inversión Extranjera Directa estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas. Así mismo no se podrá otorgar a Estados o empresas extranjeras condiciones más favorables que las establecidas para los ciudadanos bolivianos. En el texto constitucional, el propio Estado se define como independiente en todas las decisiones de política económica, y manifiesta no aceptar imposiciones ni condicionamientos de ningún tipo por parte de bancos, instituciones financieras, empresas multinacionales, etc. Con claridad la Constitución del Estado,

¹⁷ “Los extranjeros gozaran de los mismos derechos civiles de los que gozan los nacionales y se les otorgarán todos los beneficios derivados de tales derechos, tanto en lo sustancial como en la forma o el procedimiento, y se les concederán los mismos recursos para su defensa otorgados a los nacionales. Una nación no tiene ni reconoce a favor de extranjeros, mas obligaciones o responsabilidades que las establecidas a favor de los nacionales por la Constitución y las leyes en las mismas circunstancias.” (Raya de Vera: 2011; 24).

¹⁸ A modo de ejemplo la Constitución del Perú en su artículo N° 63 Inciso 2º, la Constitución de Ecuador en su artículo N° 14.

se ubica en los clásicos postulados de la doctrina Calvo, donde los extranjeros merecen el mismo trato que los nacionales pero nunca un trato mejor.

3.3. LA DOCTRINA CALVO, SU ACTUALIDAD Y LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA

La inversión Extranjera Directa (IED) es una de las tantas maneras mediante la cual se materializa la mundialización de la economía internacional. El caudal de IED pasó de un stock de 616 millones en 1980 a 6.3 billones en el año 2000. La sociedad Internacional se puede dividir entre estados que exportan e importan capital, de acuerdo a su nivel de desarrollo. América Latina ha sido una región donde los inversores han destinado década tras década mayor volumen de inversión. Los actores preponderantes que efectúan IED son las corporaciones transnacionales, que requieren marcos de seguridad y previsibilidad al momento de efectuar la inversión. La estrategia imperante en América Latina para regular la IED fue la firma masiva de Tratados Bilaterales de Inversión. (TBIs). Estos acuerdos son regidos por el Derecho Internacional y están destinados a asegurar la estabilidad, predictibilidad y certeza de los marcos nacionales respecto a las inversiones extranjeras. Este tipo de tratado sienta las condiciones básicas para el tratamiento de los inversores foráneos, impidiendo a los estados firmantes modificar de manera unilateral este tratamiento sin incurrir en responsabilidad internacional. Las cláusulas que contienen los TBIs tienen como objetivo principal garantizar al inversor extranjero frente a aleas legislativos o de otra índole del estado receptor de la inversión. Estos tratados contienen un conjunto de normas destinadas a los estados, pero los beneficiarios directos de esta normativa son los inversores de uno y otro estado. En este sentido estamos en presencia de una reciprocidad negativa en las relaciones interestatales. Los TBIs otorgan al inversor foráneo el derecho de someter toda controversia con el estado receptor de capital a una instancia arbitral internacional (el lugar elegido es el CIADI, con sede en Washington), situación que coloca en pie de desigualdad al inversor local con respecto al inversor foráneo. Este régimen y regulación otorgado por los TBIs, presenta un claro abandono por la región latinoamericana de la Doctrina Calvo. Sin embargo este abandono de los postulados de Carlos Calvo no fue realizado por todos los países latinoamericanos, Brasil no tiene vigente ningún TBI ni es parte del CIADI así como tampoco permite que su Estado sea demandado por particulares en tribunales internacionales. Ecuador ha conformado una comisión *ad hoc* a los fines de determinar si los TBIs firmados en los años `90 son contrarios a los intereses estratégicos ecuatorianos y de ser así estipulan denunciar los TBIs. Bolivia es el estado que más lejos ha ido en materia de generar un tratamiento a la IED distinto

al otorgado en los TBIs, con disposiciones como la nacionalización de los recursos naturales y primarios, el registro y autorización de la inversión, la igualdad de trato entre inversores extranjeros y nacionales, así como también la imposibilidad de demandar al estado en instancias internacionales por cuestiones vinculadas a inversiones. Tanto Ecuador como Bolivia impulsan en el ámbito de UNASUR el establecimiento de un Centro de solución de controversias regional en materia de inversiones, que remplace la jurisdicción del CIADI.

Sin lugar a dudas, las posiciones frente al capital extranjero por parte de Brasil, Ecuador y Bolivia nos sitúa frente a un resurgimiento de la Doctrina Calvo.

3.4. LA DOCTRINA DRAGO

Desde comienzos del último cuarto de siglo XIX el centro productor europeo se transformó en una fábrica. Durante este período, Europa produjo en exceso para sus propias necesidades, lo que dio origen a un notable comercio de exportación de esos sobrantes. La producción fabril llegó a ser tan absorbente que desplazó en forma terminante a la producción de alimentos y materias primas, las que debieron importarse desde diversos lugares de la periferia. Europa necesitó anudar relaciones sólidas y sistemáticas con estas regiones y vigorizar su expansión imperial.¹⁹ América Latina, entonces va a cumplir un doble rol frente a Europa. La va a abastecer de abundante materia prima y va a ser la plaza de ubicación de la producción excedente. El comercio exterior ha sido una influencia decisiva en lo que hace a la formulación de las relaciones internacionales argentinas.

Al mismo tiempo, Estados Unidos, que hasta finales del siglo XIX había tenido una posición aislacionista y preocupada solamente en su propio desarrollo, debido a que desde la finalización de la Guerra de secesión realizó una producción industrial con excedentes, va a requerir buscar nuevos mercados para sus productos. Comienza así a realizar un cambio en su política internacional en general y con respecto a América Latina en particular.

De esta manera Argentina se va a enfrentar a la disyuntiva entre el Panamericanismo (y una vinculación comercial y política más cercana hacia EEUU) o el mantenimiento de las relaciones casi exclusivas

¹⁹ SATAS, Hugo Raúl (1987). *Una política exterior Argentina*. Hyspamerica, Buenos Aires, p. 133.

con el mercado europeo. Uno de los rasgos fundamentales de las relaciones internacionales argentinas en la última década del Siglo XIX y comienzos del siglo XX va a ser cómo afrontar el nuevo fenómeno del expansionismo norteamericano con el resurgimiento de la doctrina Monroe.²⁰

El momento en que el país hace su ingreso por la puerta ancha al concierto de las grandes naciones, se dio con el enunciado de la Doctrina Drago, un ejemplo notable de madurez internacional. Y esta doctrina, precisamente, hizo su aparición en el momento en que los Estados Unidos originan el panamericanismo, lo desenvuelven y tratan de imponerlo a toda América, con la oposición manifiesta de la República Argentina, cuya política internacional refleja en estos primeros años del siglo XX los férreos lazos establecidos con Europa, especialmente Gran Bretaña, a través de un comercio que viene signando su vida toda²¹.

Como consecuencia de la guerra civil que azotó a Venezuela desde 1896, extranjeros sufrieron diversos perjuicios en sus personas y bienes, lo que motivó reclamaciones diplomáticas por parte de Alemania, Francia e Italia, las que además reclamaron el pago de la deuda pública. En diciembre de 1902, no habiendo cumplido Venezuela con las intimaciones efectuadas por los países de Europa, las referidas potencias iniciaron un bloqueo al litoral venezolano, apresaron varios buques de esa nación, bombardearon el puerto cabello y destruyeron varias cañoneras.²² Es interesante la reacción del gobierno de Estados Unidos, frente al accionar de las potencias europeas. El por entonces presidente Teodoro Roosevelt sostuvo, mediante el “primer corolario Roosevelt”, que la Doctrina Monroe (América para los americanos) no debía ser invocada por las repúblicas sudamericanas para eludir sus compromisos económicos.²³ Teodoro Roosevelt en su mensaje anual de 1901 sostuvo que la Doctrina Monroe no debe aplicarse de manera que garantice a ningún Estado contra el castigo

²⁰ SATAS, Hugo Raúl, ob. cit., p. 149.

²¹ SATAS, Hugo Raúl, ob. cit., p. 206.

²² RAYA DE VERA, Eloísa (2011). “Relación entre ciertos principios del derecho regional consuetudinario y los acuerdos de inversión (bilaterales y regionales) en el ámbito latinoamericano”. Flacso. Buenos Aires, p. 20.

²³ BRA, Gerardo (1990). “La Doctrina Drago”. Centro Editor de América Latina. Buenos Aires, 35.

si se conduce mal, con tal que ese castigo no tome la forma de la adquisición de territorio por alguna potencia no americana.

Debido al apoyo norteamericano hacia los agresores europeos, el por entonces presidente venezolano, Cipriano Castro, optó por aceptar las condiciones de las potencias y reconoció a través del Protocolo de Washington la justicia de los reclamos europeos, pagando algunas deudas de inmediato y otras a través de comisiones, estableciéndose en garantía hasta el 30% del ingreso de las aduanas de La Guayra y Puerto Cabello.²⁴

El accionar agresivo por parte de las potencias europeas sumado a la omisión cómplice del gobierno de Estados Unidos, provocó que Luis María Drago²⁵, Ministro de Relaciones Exteriores de la República Argentina, dirija, el 29/12/1902, una nota al embajador argentino en Estados Unidos, Martín García Mérou, donde expresa su punto de vista sobre la intervención de las potencias extranjeras y que a la postre dará lugar a la “Doctrina Drago”. En las partes más relevantes de la nota, Drago sostuvo que:

“... este gobierno ha estimado de oportunidad transmitir a V.E. algunas consideraciones relativas al cobro compulsivo de la deuda pública... El acreedor sabe que contrata con una entidad soberana, y es condición inherente de toda soberanía que no pueda iniciarse ni cumplirse procedimientos ejecutivos contra ella ya que de ese modo de cobro comprometería su existencia misma, haciendo desaparecer la independencia y la acción del respectivo gobierno. Entre los principios fundamentales del Derecho Público Internacional que la humanidad ha consagrado, es uno de los más preciosos el que determina que todos los Estados, cualquiera sea la fuerza de que dispongan, son entidades de derecho, perfectamente iguales entre sí y recíprocamente acreedores por ello a las mismas consideraciones y respeto. El reconocimiento de la deuda, la liquidación de su importe, puede y debe ser hecha por la nación, sin menoscabo

²⁴ CISNEROS Andrés, ESCUDÉ, Carlos (1999). *Historia general de las relaciones exteriores de la República Argentina*. Tomo VII. Editorial Nuevo Hacer, Grupo Editor Latinoamericano. Buenos Aires, p. 74.

²⁵ Luis María Drago (1859-1921) Abogado y diplomático argentino.

*de sus derechos primordiales como entidad soberana, pero el cobro compulsivo e inmediato, en un momento dado, por medio de la fuerza, no traería otra cosa que la ruina de las naciones débiles y la absorción de su gobierno... Lo único que la República Argentina sostiene y lo que vería con gran satisfacción, consagrado con motivo de los sucesos en Venezuela, por una nación que, como los Estados Unidos, goza de tan grande autoridad y poderío, es el principio ya aceptado de que no puede haber expansión territorial europea en América, ni opresión de los pueblos de este continente porque una desgraciada situación financiera pudiese llevar a alguno de ellos a diferir el cumplimiento de sus compromisos. **En una palabra, el principio que quisiera ver reconocido, es el que la deuda pública no puede dar lugar a la intervención armada, ni menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por una potencia europea.**"²⁶*

El propio Drago definió que su aporte no era solo de carácter jurídico sino que también era de tipo político:

"... no un principio abstracto de valor académico, no una regla jurídica de aplicación universal, que no tendríamos personería para sostener, sino un enunciado político de diplomacia americano, que si bien se apoya en razones de derecho, tiende a evitar a los pueblos de este Continente la calamidad de la conquista que se pretende disfrazar de intervención financiera."

Si bien personalidades de la talla de Eduardo Wilde y el propio Carlos Calvo le expresaron su apoyo a Drago, la posición manifestada por el entonces Canciller tuvo detractores dentro de su propio país. Según Satas, Estanislao Zeballos²⁷ fue opositor a la posición tomada por Drago, sobre todo porque señalaba que no existía ni puede existir solidaridad hacia los países del Caribe porque se fomenta sentimientos generosos

²⁶ BRA, Gerardo (1990). *La Doctrina Drago*. Centro Editor de América Latina. Buenos Aires, p. 61.

²⁷ Estanislao Zeballos (1854-1923).- Abogado, Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina bajo la presidencia de Juárez Celman y Carlos Pellegrini, cargo desde el cual enfrentó litigios fronterizos con Brasil y Chile.

de hostilidad o desconfianza hacia naciones europeas, estrechamente vinculada a la Argentina²⁸.

La posición argentina en la política internacional ha tenido, sobre todo a partir de la doctrina Drago un contenido de dignidad nacional y de independencia internacional, pero al mismo tiempo un fuerte contenido europeizante como una continuidad esencial de las relaciones internacionales desde la presidencia de Mitre hasta la primera década del siglo XX.²⁹

La postura del canciller argentino constituyó un respaldo al texto de la Doctrina Monroe, y a la vez una fuerte crítica hacia las prácticas intervencionistas en la región. Pero las sugerencias de Drago llegaron en un momento poco oportuno, ya que la administración de Teodoro Roosevelt estaba adoptando un internacionalismo de “lobo solitario”, una suerte de nuevo Destino Manifiesto, perfil de política exterior que tenía como rasgos la salida del aislacionismo norteamericano y la búsqueda de nuevos mercados para inversiones y seguridad en el poder naval.³⁰

La falta de apoyo expreso por parte de Estados Unidos, provocó que la Doctrina Drago se haya institucionalizado de manera parcial en la Segunda Conferencia Internacional de Paz de la Haya en 1907. De manera parcial, debido a que en realidad Estados Unidos enmendó, a través de su representante Horace Porter (denominada como la Cláusula Porter), la propuesta de Drago, estableciéndose la renuncia al empleo de la fuerza para el cobro de las deudas, pero se permitió el empleo de la misma bajo ciertas condiciones: cuando el país deudor se niegue a someter el asunto a arbitraje o en caso aceptarlo no nombraba oportunamente al árbitro o realizado el arbitraje no ejecutaba el laudo. De esta manera quedó plasmado en el ámbito universal (a través de la Convención de la Haya) el principio del rechazo del cobro compulsivo de las deudas contractuales y recurrir al arbitraje para solucionar los diferendos.

²⁸ SATAS, Hugo Raúl (1987). *Una política exterior Argentina*. Hyspamerica, Buenos Aires, p. 171.

⁷¹ SATAS, Hugo Raúl (1987). *Una política exterior Argentina*. Hyspamérica, Buenos Aires, p. 197.

⁷² CISNEROS Andrés, ESCUDÉ, Carlos (1999). *Historia general de las relaciones exteriores de la República Argentina*. Tomo VII. Editorial Nuevo Hacer, Grupo Editor Latinoamericano. Buenos Aires, p. 76

La doctrina Drago traída al siglo XXI puede ser interpretada en el sentido de que toda cobranza unilateral de deuda publica conlleva una violación de la soberanía estatal, siendo inviable jurídicamente cualquier estrategia compulsiva de cobranza por parte de acreedores privados por sobre los recursos y la factibilidad de pago de los deudores.

3.5. LA DOCTRINA ESPECHE GIL

Miguel Ángel Espeche Gil³¹ sostiene que el quid de la cuestión en materia de deuda externa es el alza de los intereses de la deuda decidida de modo unilateral por los acreedores. Esto ha dado como resultado, en que lejos de disminuir, el monto de la deuda aumente constantemente, no obstante los pagos efectuados, impidiendo el desarrollo y comprometiéndolo el bienestar de los países deudores.

Se ha abordado la cuestión de la deuda externa y la ilicitud del alza unilateral de la tasa de interés desde el ámbito de la economía, de las relaciones económicas internacionales, desde la ciencia política, pero la solución al conflicto puede originarse desde la óptica del Derecho, en particular del Derecho Internacional Público, y su tendencia natural a la organización tanto pacífica como armoniosa de la comunidad internacional.

Espeche Gil, al igual que como se mencionaba con anterioridad sostiene que el análisis de los contratos que instrumentan la deuda externa revela que muchos de ellos son ilícitos, por violar principios y normas consagradas por el derecho internacional y por el orden jurídico interno, no solo de los países deudores, sino también de los propios países acreedores. Constituye una violación flagrante de principios básicos de derecho universalmente reconocidos y aceptados, la inserción en los contratos que permitan la alteración del valor de las obligaciones y de las condiciones de su cumplimiento, por la voluntad unilateral de uno de los contratantes, como ocurre con el cobro de tasas de interés variables, que son fijadas por la parte acreedora. De esta manera, se estaría en presencia de una situación arbitraria y abusiva que se configura a partir del alza

³¹ Embajador extraordinario y plenipotenciario de la República Argentina. Candidato y nominado en varias oportunidades al Premio Nobel de la Paz por su tesis sobre la solución jurídica a la problemática de la deuda externa de los Estados en desarrollo.

unilateral de los intereses de la deuda externa, cuyas consecuencias gravosas persisten y se acentúan³².

Espeche Gil, sostiene que estamos en presencia de un caso de usura, que afecta con severidad al sistema internacional. El inciso c) del artículo 21 de la Convención Americana de los Derechos Humanos dice “La usura y toda forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibidas por la ley”, al mismo tiempo que la Declaración Universal de Derechos Civiles declara que no puede privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. La usura es una acción penada en todos los sistemas jurídicos, históricos y vigentes, constituyéndose de esta manera como uno de los “principios generales de derecho de las naciones civilizadas”, que el artículo 38 inciso c del punto del Estatuto de la CIJ establece como fuente del Derecho Internacional. Así la tesis se sostiene en el valor vinculante de los principios generales del derecho.

El artículo 38 apartado 1 inciso c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, codifica las reglas existentes en materia de fuentes del Derecho Internacional, y dispone que la Corte aplicará como parte de ese ordenamiento jurídico “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Esta última referencia a las naciones civilizadas ha sido remplazada por “los principales sistemas jurídicos”.³³

¿Que son estos principios generales del derecho reconocidos por los principales sistemas jurídicos? Son esas normas básicas, esenciales en todo el ordenamiento jurídico, que se encuentran tanto en el derecho interno privado como público. Carnelutti sostenía que estos principios se encuentran dentro del orden jurídico como está el alcohol dentro del vino; constituyen la esencia o espíritu del derecho³⁴.

Principios que están presentes en todos los ordenamientos jurídicos, y lógicamente también en el Derecho Internacional con las consiguientes

³² ESPECHE GIL, Miguel Ángel (1989). “Ilicitud del alza unilateral de los intereses de la deuda externa.” Ponencia publicada en el Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional de abril de 1989, p. 8.

³³ JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo (2014). *Las fuentes del Derecho Internacional Público*, en JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Eduardo, ARBUET VIGNALI, Heber, PUCEIRO RIPOLL, Roberto; “Derecho Internacional Público”, Tomo 1, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, p. 218.

³⁴ JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo, *ibidem*.

adaptaciones. Los principios generales tienen su origen en una convicción jurídica que encontró su expresión en los principales sistemas jurídicos internos³⁵.

Estos principios han sido decantados por la conciencia jurídica de la humanidad en el devenir de la historia y que siendo compatibles con la estructura de la comunidad internacional, son igualmente reglas positivas de Derecho Internacional, directamente aplicables a las relaciones entre Estados.

Estos principios cuando son comunes a los principales sistemas jurídicos, son también reglas positivas de Derecho Internacional, por eso es menester que sean reconocidos por los principales sistemas jurídicos representativos de la comunidad internacional.

Si bien en su oportunidad, algunos sectores de la doctrina (entre ellos Anzilotti) manifestaron profundas críticas al sistema de los “ principios generales” como fuente del Derecho Internacional, la doctrina hoy prevaleciente sostiene que ésta es una auténtica fuente del Derecho Internacional y que el artículo 38 inciso C del Estatuto no innovo en nada en su oportunidad respecto de la practica seguida hasta entonces, sino que no hizo mas que codificarla y consagrar lo que existía hasta ese momento. (Jiménez de Arechaga: 2014; 220).

Antes de la intensa codificación que sufrió el Derecho Internacional en los últimos 40 años los principios generales del derecho fueron utilizados con frecuente asiduidad en los laudos de la Corte Internacional de Justicia. En el asunto del **Canal de Corfú**³⁶ además de otros, el máximo tribunal falló aplicando los principios generales del derecho para resolver los diferendos.

La tesis de Espeche Gil, toma así dos claras aristas. Por un lado el determinar que el alza unilateral de la tasa de interés configura un caso de usura, y al ser esta un principio general del derecho reconocido por las naciones civilizadas, y siendo los principios generales del derecho norma vinculante para los sujetos del derecho internacional, nos encontramos

³⁵ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*; Editorial Tecnos, Madrid, 2013, p. 123.

³⁶ Fallo de la Corte Internacional de Justicia de fecha 9 de abril de 1949. En RESUMENES de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991. Naciones Unidas, Nueva York. 1992.

frente a un ilícito internacional. En consecuencia la tesis del jurista argentino se completa con el pedido de una opinión consultiva ante la Corte Internacional de Justicia, a los fines de que esta se expida sobre la ilicitud o licitud del alza unilateral de la tasa de interés. Sostiene ³⁷ que es el Derecho Internacional quien suministra a la comunidad internacional una vía hacia una corrección de justicia de una de las grandes arbitrariedades de la época.

Espeche Gil propone el modelo de opinión consultiva con el siguiente redacción: 1) ¿La condena a la usura, constituye uno de los principios generales de derecho mencionados en el inciso C del punto 1 del artículo 38 del Estatuto de la CIJ.?, 2) En caso de ser afirmativa la respuesta a la cuestión anterior, ¿Son actos usurarios las alzas unilaterales de intereses de la deuda externa?, 3) Si la respuesta a las dos cuestiones anteriores fuera afirmativa, ¿Están obligados los países acreedores a no permitir que se cometa ese ilícito contra los países deudores? 4) En caso de ser afirmativas las respuestas a las tres cuestiones precedentes, ¿deben, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, actuar en consonancia con aquellas obligaciones de los países acreedores? 5) Paralelamente, ¿existe para los países acreedores la obligación, fundada en el derecho internacional convencional, de no permitir que los actos de usura incriminados sean ejercidos contra los países deudores? ³⁸

Todavía en el siglo XXI, obtener una OC ante la CIJ que sostenga que es deber de los Estados acreedores no permitir el cobro de intereses usurarios reviste una importancia manifiesta. Vale recordar que la OC ante la CIJ son vinculantes para todos los organismos del sistema de las Naciones Unidas, entre los cuales se encuentran el FMI y el BM, ambas entidad con una responsabilidad considerable en el manejo de las deudas externas.

Espeche Gil manifestaba que la oportunidad no puede ser más adecuada, los tiempos están en sazón para que la comunidad internacional rescate el valor del derecho como cimiento de la convivencia entre los Estados. "... la misión que se presenta es categórica: cumplamos

³⁷ ESPECHE GIL, Miguel Ángel (1989). *Ilícitud del alza unilateral de los intereses de la deuda externa*, Ponencia publicada en el Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional de abril de 1989, p. 13.

³⁸ ESPECHE GIL, Miguel Angel, ob. cit., p. 22.

con nuestro deber de juristas y demos a la comunidad internacional organizada un instrumento que permita ayudarla a enfrentar y resolver uno de los problemas más difíciles del presente³⁹.

El aporte sustantivo de la Doctrina Espeche Gil radica en que el Derecho Internacional Público debe encaminar el tratamiento del problema de la deuda externa mediante el procesamiento consultivo ante la Corte Internacional de Justicia

Vale recordar que el 28/04/1989 el Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI) reunido en Santo Domingo adoptó como propia la ponencia del jurista y diplomático Miguel Ángel Espeche Gil diciendo: “ Se recomienda a los gobiernos que promuevan, a través de los órganos u organismos inter-nacionales competentes, la solicitud de una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia acerca de la licitud o ilicitud del alza unilateral e ilimitada de las tasas de interés de la deuda externa y si tal alza es compatible con el nuevo orden económico internacional y en particular con el ejercicio del derecho al desarrollo que la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1986 reconoce expresamente a los Estados.”

4. LA OPINIÓN CONSULTIVA ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ostenta competencias en materia contenciosa y consultiva. Para este último escenario y de acuerdo al art. 65 del Estatuto de la CIJ existe el instrumento de la opinión consultiva, mediante la cual el órgano jurisdiccional tiene la facultad de emitir dictámenes respecto a cualquier cuestión jurídica.

La solicitud de una opinión consultiva no puede ser considerada como una mera recomendación de la AGNU, sino al contrario a través de estos instrumentos la CIJ viene a determinar los principios, las normas vigentes, interpretándolos y aplicándolos, para dar así una respuesta con contundente fundamento jurídico a la cuestión planteada⁴⁰

³⁹ ESPECHE GIL, Miguel Angel, ob. cit., p. 24.

⁴⁰ ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, *Procedimientos de aplicación de las normas internacionales (IV): Medios de arreglo de carácter jurisdiccional (II)*. *El Tribunal Internacional de Justicia*, en DIEZ DE VELASCO, Manuel, “Instituciones de Derecho Internacional Público”, Editorial Tecnos, 2013, Madrid.

De acuerdo al art. 96 de la Carta de San Francisco⁴¹ y al art. 65 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁴² tienen legitimidad activa para solicitar una opinión consultiva el Consejo de Seguridad, la Asamblea General de las Naciones Unidas y el Banco Mundial, al mismo tiempo que estos pueden autorizar a cualquier otro organismo a efectuar la consulta.

Los Estados entendidos como sujetos del Derecho Internacional Público no tienen legitimidad activa para solicitar opiniones consultivas a la CIJ. Por esta razón, la propuesta de Espeche Gil de presentar una opinión consultiva con el contenido mencionado con anterioridad, deberá ser promovida a través de la Asamblea General o impulsada por un grupo de Estados al estilo G77⁴³.

5. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS

La Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre principios básicos para la reestructuración de deudas soberanas que mencionábamos ut supra, impulsada por el G-77 más China establece el derecho soberano de los Estados a reestructurar sus deudas trajo en consecuencia un sinnúmero de interpretaciones políticas, económicas y geoestratégicas. Poco se ha comentado sobre los efectos jurídicos reales e inmediatos que tienen las Resoluciones de Naciones Unidas.

⁴¹ Carta de San Francisco, art. Nº 96: “1. La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica. 2. Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades.”

⁴² Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. Nº 65: “1. La Corte podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma.”

⁴³ Es un grupo de estados en desarrollo, creado en 1964 con el objetivo de intensificar su cooperación mutua en el ámbito de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Las organizaciones internacionales, para cumplir con los objetivos que tienen fijados están dotadas de órganos que materializan su voluntad, a través de resoluciones que emiten dentro de su ámbito de competencia. En general, esas resoluciones revisten carácter de actos unilaterales emitidos por un solo autor pese a su naturaleza colectiva⁴⁴.

El desarrollo de las organizaciones internacionales en cantidad, importancia, trascendencia, sumado a sus diversas competencias y complejas estructuras ha dado lugar a una enorme variedad de actos unilaterales. En este sentido las resoluciones de las organizaciones internacionales, como puede ser el caso de la Asamblea General de las Naciones Unidas, pueden ser manifestación de normas jurídicas internacionales, fuentes formales de Derecho Internacional o en otros casos pueden llegar a ser expresión o generadoras de reglas jurídicas internacionales y comportar también obligaciones jurídicas.

Cuando se crea la Organización de Naciones Unidas (ONU), la Asamblea General es concebida como su principal órgano deliberativo y democrático. Compuesta por representantes de todos los Estados miembro, cada Estado, a diferencia del Consejo de Seguridad, tiene derecho a un voto. Las decisiones (excepto sobre cuestiones de paz, seguridad y admisión de nuevos miembros, que requieren una mayoría de dos tercios) se toman por simple mayoría y tiene competencia sobre cualquier aspecto vinculado a la Carta de San Francisco. La Asamblea General va a emanar Resoluciones, las cuales si bien generan impacto en la opinión pública internacional, no son obligatorias, por lo cual su incumplimiento no genera responsabilidad internacional. Si bien la Asamblea General no constituye una suerte de Parlamento universal, sí puede considerársela como el centro más idóneo para que los Estados expresen sus puntos de vistas y posiciones sobre normas jurídicas existentes o en formación. Sorbrino Heredia sostiene que se intenta convertir a la Asamblea General en un legislativo internacional, lo que condujo a la adopción en su propio seno de un elevado número de disposiciones más retóricas que efectivas, al expresarse sabiendo de su carencia de obligatoriedad, surgiendo

⁴⁴ PUCEIRO RIPOLL, Roberto Nuevas fuentes del Derecho Internacional, en JIMÉNEZ DE ARECHAGA Eduardo, ARBUET VIGNALI Heber, PUCEIRO RIPOLL, Roberto, "Derecho Internacional Público", Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2014, p. 324.

de este modo una norma de naturaleza declarativa o programática enunciadas en declaraciones de efectos jurídicos imprecisos⁴⁵.

La ausencia de poderes legislativos de la AGNU no la habilitaría a priori a para emitir reglas obligatorias y vinculantes. Sin embargo, esto no significa que sus resoluciones proclamando principios o reglas genéricas estén desprovistas de todo efecto jurídico.

De esta manera parte de la doctrina sostiene que estas resoluciones, en ciertas condiciones, constituyen la manifestación de la *opinio iuris* en el ámbito de la comunidad internacional y contribuyen a la creación de normas generales, cuando se confirman posteriormente con el comportamiento, conteste, constante y generalizado de los Estados.⁴⁶

En el mismo sentido Puceiro Ripoll recalca que la CIJ en el “Caso relativo al Sahara Occidental” de 1975 sostuvo que si bien una resolución aislada de la AGNU no tiene fuerza obligatoria, el efecto acumulativo de numerosas resoluciones de un contenido similar, votadas por una fuerte mayoría y además frecuentemente reiteradas durante cierto lapso de tiempo, puede devenir en la expresión de una *opinio iuris* y constituir así una norma de derecho consuetudinario internacional⁴⁷.

Si bien las resoluciones de la Asamblea General carecen de obligatoriedad, se pueden transformar en un vehículo que cristaliza la voluntad de los Estados y que a su vez agiliza la conformación de una nueva costumbre internacional⁴⁸.

⁴⁵ SOBRINO HEREDIA, José Manuel “La Formación del Derecho Internacional por las Organizaciones Internacionales” en DIEZ DE VELASCO, Manuel, “Instituciones de Derecho Internacional Público”, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, p. 243.

⁴⁶ PUCEIRO RIPOLL, Roberto *Nuevas fuentes del Derecho Internacional*, en JIMÉNEZ DE ARECHAGA Eduardo, ARBUET VIGNALI Heber, PUCEIRO RIPOLL, Roberto, “Derecho Internacional Público”, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2014, p. 353.

⁴⁷ PUCEIRO RIPOLL, Roberto, *ibídem*.

⁴⁸ LORENCES, Martín, *El Alegato Ruda y los efectos jurídicos de las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas*. “ED, Suplemento Derecho Constitucional”, marzo de 2016, p. 5.

6. CONCLUSIONES

La cuestión de la deuda pública es un tema de suma relevancia para toda la comunidad internacional en general, pero en particular para los Estados en desarrollo, quienes son los más vulnerables y tienen que enfrentar procesos complejos de reestructuración de deuda soberana.

Por una deuda externa de 7.800 millones de dólares se pagó más de 275.400 millones de dólares y aun se deben más de 173.000 millones de dólares. La República Argentina ha pagado una y otra vez una deuda, de la cual se puede objetar su legitimidad. La actitud de los holdouts en combinación con las sentencias de los tribunales extranjeros resta incentivo a los acreedores en participar en los procesos de reestructuración de deudas soberanas.

Hasta la fecha y ante la ausencia de un nuevo sistema, el ámbito multilateral y democrático de las Naciones Unidas continúa siendo el ámbito más propicio para abordar estas problemáticas. Tanto es así que la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de las resoluciones N° 68/304 y 69/319 manifestó la necesidad de hallar una solución oportuna, eficaz y duradera al problema de la deuda de los países en desarrollo con el fin de promover el crecimiento económico inclusivo y su desarrollo.

Si bien las Resoluciones de la Asamblea General carecen de obligatoriedad, se pueden transformar en un vehículo que cristaliza la voluntad de los Estados y que a su vez agiliza la conformación de una nueva costumbre internacional.

La doctrina argentina, a partir de los aportes de los internacionistas Calvo, Drago y Espeche Gil señaló el camino hacia la realización de nuevas alternativas para un mejor posicionamiento de los Estados en desarrollo en el sistema internacional. Así las doctrinas Calvo y Drago traídas al siglo XXI pueden ser interpretadas en el sentido de que toda cobranza unilateral de deuda pública conlleva una violación de la soberanía estatal, siendo inviable jurídicamente cualquier estrategia compulsiva de cobranza por parte de acreedores privados por sobre los recursos y la factibilidad de pago de los deudores.

Uno de los principales aportes de Espeche Gil consistió en determinar que el quid de la cuestión en materia de deuda externa es el alza de los intereses de la deuda decidida de modo unilateral por los acreedores. Esto ha dado como resultado, en que lejos de disminuir, el monto de la deuda aumente constantemente, no obstante los pagos efectuados,

impidiendo el desarrollo y comprometiendo el bienestar de los países deudores. Los contratos que instrumentan la deuda externa revelan que muchos de ellos son ilícitos, por violar principios y normas consagradas por el derecho internacional y por el orden jurídico interno, no solo de los países deudores, sino también de los propios países acreedores. La tesis de Espeche Gil se completa con el pedido de una opinión consultiva ante la Corte Internacional de Justicia, a los fines de que esta se expida sobre la ilicitud o licitud del alza unilateral de la tasa de interés.

Es el Derecho Internacional quien puede suministrar a la comunidad internacional una vía hacia una corrección de justicia de una de las grandes arbitrariedades de la época.

El Derecho Internacional Público es el entramado jurídico que más puede hacer en materia de generar un nuevo sistema donde se contengan las necesidades de los Estados más débiles del sistema internacional.

CAPÍTULO 3

LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO

Alexis Rodrigo Laborías

1. PALABRAS INICIALES

A los fines de este Capítulo, es posible describir a la inmunidad de jurisdicción como una excepción o defensa procesal de fuente internacional, que permite al sujeto demandado en un litigio impedir el accionar de una jurisdicción estatal interna, por demás competente para resolver el pleito.¹ Se trata de una herramienta jurídica con fundamento y origen en el derecho internacional, que posee la particularidad de haberse desarrollado principalmente a partir de actos de derecho interno estatal, específicamente, de decisiones judiciales, de legislación interna y de la *praxis* del Poder Ejecutivo.² El apoyo doctrinario a estas reglas parece

¹ Las definiciones sobre esta herramienta jurídica son innumerables y dependen del enfoque particular que realice cada autor o institución. A modo ejemplificativo, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su “Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes” comentaba: “La expresión «inmunidades jurisdiccionales» se emplea en este contexto, no sólo en relación con el derecho de los Estados soberanos a la exención del ejercicio de la potestad jurisdiccional, que normalmente corresponde a los juzgados y tribunales en el ámbito del ordenamiento jurídico del Estado territorial, sino también en relación con el no ejercicio de todos los demás poderes administrativos y ejecutivos mediante cualesquiera medidas o procedimientos y por cualquier autoridad del Estado en lo referente a un proceso judicial.” En COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Anuario de la CDI 1991*, Volumen II, Segunda Parte, p. 13.

² El primer Relator Especial de la CDI en esta materia, Sompong Sucharitkul, advirtió que “...los usos internacionales o el derecho internacional consuetudinario sobre la cuestión de las inmunidades de los Estados se [*formaron*] principal y fundamentalmente mediante la práctica judicial de los Estados sobre esta materia, aunque, de hecho, otros órganos del gobierno, a saber, los ejecutivos y los legislativos, hayan desempeñado también su papel en la evolución progresiva de las normas de derecho internacional.” Ver COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Anuario de la CDI 1979*, Volumen II, Segunda parte, p. 238.

haber surgido con posterioridad, al igual que su regulación convencional.³

Como afirma Del Castillo, la inmunidad reconocida a sujetos de derecho internacional es una limitación que no se impone, sino que se ofrece.⁴ El Estado territorial o del foro regula la forma y alcance en que un Estado extranjero puede ampararse en esta defensa, ante un litigio concreto. Al no tratarse de una imposición, dicho Estado extranjero podrá renunciar a esta defensa, cuando considere conveniente o necesario dirimir una disputa en un foro diferente al propio. Es por este motivo que la contracara necesaria de la inmunidad de jurisdicción sea la prórroga de jurisdicción. En este contexto, la prórroga implica el traspaso del poder decisorio a una autoridad ubicada en un país extranjero, acción que puede concretarse antes o después de acaecida una controversia.

Cada uno de esos ámbitos regulatorios, inmunidad y prórroga, serán estudiados en sendos apartados de este Capítulo. El primero estipula las condiciones bajo las cuales un Estado extranjero puede ser demandado ante los tribunales argentinos, o se admite la aplicabilidad de la inmunidad como una defensa procesal, teniendo como referencia el derecho internacional vigente. En forma complementaria, la legislación de dicho Estado podrá rechazar o permitir la renuncia a esta defensa, en beneficio del poder decisorio de los jueces argentinos. El segundo ámbito regulatorio abarca la legislación nacional que estipula las condiciones para que Argentina interponga esta defensa en sus litigios ante tribunales foráneos o se abstenga de recurrir a ella en determinadas ocasiones. Y consecuentemente, serán aplicables las normas del Estado del foro que pueden ser más o menos permisibles a admitir la justiciabilidad de Argentina en sus estrados, también en aplicación del derecho de gentes.⁵

³ En BADR, Gamal Moursi. *State Immunity. An analytical and prognostic view*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 9, se indica: "The fact is that the rules of state immunity, as such, have derived mainly from the judicial practice of individual nations since the nineteenth century. Municipal courts took the lead in creating the rules of state immunity, properly so called; doctrinal opinions and international conventions in this field are practically all of subsequent growth."

⁴ DEL CASTILLO, Lilian. "Servicios públicos e inmunidad de jurisdicción". *El Derecho*, tomo 197, p. 676.

⁵ En palabras de Goldschmidt, puede hacerse referencia al sometimiento de un Estado a extraña jurisdicción, cuando se planteen actos jurisdiccionales contrarios

Dos ejemplos concretos ilustrarán lo antedicho. Al plantearse ante la justicia en lo Civil y Comercial Federal el reclamo de Juan José Manauta y otros litigantes contra la Federación Rusa, resultaron aplicables: a) las normas argentinas que en el año 1991 (fecha de presentación de la demanda) impedían la traba de la *litis* sin la conformidad del Estado demandado; b) las reglas de derecho interno de Rusia que consagraban una visión clásica de la inmunidad (a veces identificada como “amplia” o “absoluta”), con la consecuente interposición de esta defensa en la mayoría de los casos litigiosos ante foros extranjeros; y c) el derecho internacional consuetudinario vigente, que fue objeto de una diversa interpretación por los diferentes estamentos de la justicia argentina, así como también por los actores y el demandado.⁶ En forma equivalente, en el litigio llevado adelante por Franco Gronda en las décadas del ‘50 y ‘60 del siglo pasado contra Argentina en tribunales de la Republica de Italia, resultaron aplicables: a) las leyes italianas y su práctica judicial, que autorizaban el juzgamiento de los Estados extranjeros bajo determinadas circunstancias; b) el derecho argentino, que en esa época sólo admitía excepcionalmente la prórroga de jurisdicción en tribunales foráneos y que implicó la elaboración de una defensa basada en la inmunidad; y c) las normas internacionales que, interpretadas por los jueces italianos, permitían el juzgamiento de Argentina por asuntos *iure gestionis*, mientras que bajo la óptica de nuestro país, sólo admitían el juzgamiento mediante el consentimiento del propio Estado.⁷

Hechas las aclaraciones y comentarios anteriores, es dable señalar que respecto de ambas facetas regulatorias sólo será objeto de estudio la normativa argentina, dejando de lado la legislación de otros países, excepto con referencias ocasionales que puedan ser de utilidad para dar un marco de referencia a los casos litigiosos.

a su voluntad, o de una sumisión, cuando el propio Estado expresa su consentimiento para litigar ante un tribunal foráneo. Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner. “Sometimiento y sumisión de Estados a extraña jurisdicción”. *La Ley*, tomo 156, p. 1327.

⁶ La determinación final acerca de la jurisdicción de los tribunales nacionales fue decidida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en autos “Manauta, Juan José y otros c/ Embajada de la Federación Rusa s/ daños y perjuicios” (Fallos 317:1880, 22/12/1994).

⁷ Las referencias del litigio fueron desarrolladas por GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado*. Buenos Aires: Depalma, 1992 (6ª ed.), p. 542 y ss.

2. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA REFERIDA A LA INMUNIDAD DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS EN ARGENTINA

El análisis de la evolución de la legislación y de la jurisprudencia de nuestro país, referente a la posibilidad de trabar una *litis* y llevarla adelante contra un Estado extranjero, se puede estructurar en diferentes etapas. Por lógica, el primer elemento ordenador y distintivo de las etapas es la normativa vigente en los diferentes períodos. El segundo elemento a considerar es la jurisprudencia, que interpretó y aplicó el derecho vigente, tanto nacional como el consuetudinario internacional.

De esta manera, es posible identificar una primera etapa, que abarca desde el siglo XIX y llega hasta los años 1949/1950, en la cual no existe una regulación nacional específica y la defensa de inmunidad se aplica como reflejo del derecho internacional consuetudinario. En una segunda y breve etapa, que se desarrolla entre los años 1949/1950 y 1957, se aplica la primera regulación expresa en esta materia, junto con los cambios efectuados a la competencia originaria de la Corte Suprema. La tercera etapa, desde 1957 y hasta 1995, refleja en sus casi cuarenta años de duración la aplicación de la llamada regla clásica de la inmunidad, hasta el fundamental cambio jurisprudencial acaecido en diciembre de 1994 y la sanción de la Ley 24.488 al año siguiente. Por último, la cuarta etapa se distingue por la aplicación en nuestros tribunales de la Ley antes mencionada, junto con la aparición de nuevos desafíos, escasamente planteados hasta aquel momento, como el derivado de la inmunidad de ejecución de la propiedad estatal extranjera y la particular consideración otorgada a los Bancos Centrales extranjeros.

2.1 EVOLUCIÓN DESDE EL SIGLO XIX HASTA LOS AÑOS 1949/1950

En forma preliminar, se debe afirmar que la normativa que regula la demandabilidad de estos sujetos internacionales es de larga data en nuestro Derecho interno, al igual que la jurisprudencia sobre esta materia. La propia Constitución prevé que un Estado extranjero pueda intervenir judicialmente ante los tribunales argentinos, al señalar el art. 116 que “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión... de las causas que se susciten... entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.”⁸

⁸ Interpretada en forma razonable, la Constitución no limita el acceso de los Estados extranjeros a nuestros tribunales con carácter exclusivo de demandados,

Esta cláusula de la Constitución no debe ser entendida de forma aislada, sino tomando como referencia otras disposiciones de su articulado, así como también el contexto histórico en el cual fue sancionada. Los constituyentes se esforzaron para diseñar un instrumento que ayudara a la República Argentina a participar de una comunidad internacional y reclamar los mismos derechos y obligaciones que los demás Estados.⁹ Así, en diversas disposiciones se plasmó la necesidad de firmar tratados con potencias extranjeras (art. 27), que serían considerados como ley suprema de la Nación junto con la propia Constitución y las leyes nacionales (art. 31). Asimismo, se contempló la necesidad de declarar la guerra y concertar la paz (actuales art. 75, inc. 25, y art. 99, inc. 15) y de recibir a representantes diplomáticos y agentes consulares (actual art. 99, inc. 11).

Siguiendo esta lógica, al aceptar que los antedichos funcionarios extranjeros cumplieran tareas en nuestro territorio, se previó que, eventualmente, pudieran ser actores o demandados en controversias judiciales, para cuyo juzgamiento se estipuló la competencia originaria y exclusiva de la Corte (art. 117). Respecto de la actuación de Estados extranjeros, reiteramos, también se contempló la regla de la justiciabilidad (art. 116), aunque asignándolos a la justicia nacional y el acceso a la Corte Suprema

lo que puede presuponerse del uso de la preposición “contra”. Si así fuera, no sería posible que un Estado interviniera en algún proceso respecto del cual tiene un interés legítimo, por ejemplo en un pedido de extradición. Un análisis de este rol procesal se puede ver en D'ALBORA, Francisco J. "El Estado extranjero querellante y otras cuestiones". *La Ley*, 2000-B, p. 159. Por su parte, Bidart Campos explica: "...el hecho de que el art. 100 [actual 116] mencione estas causas como las que se suscitan entre una provincia o sus vecinos ‘contra’ un estado o ciudadano extranjero, no significa que la jurisdicción federal sólo procede cuando el estado o ciudadano extranjero son demandados, y no cuando son actores. La palabra ‘contra’ aparece sustituida por la palabra ‘y’ en el art. 24 del decreto-ley 1285/58, como ya lo había hecho el art. 1º, inc. 1º y 2º de la ley 48. Obsérvese, asimismo, que el texto originario de la constitución de 1853 hablaba de causas ‘entre una provincia y un estado o ciudadano extranjero’”. En BIDART CAMPOS, Germán J. *El derecho constitucional del poder*. Buenos Aires: Ediar, 1967, Tomo II, p. 380 (nota n°105).

⁹ Son conocidas las recomendaciones de Alberdi en cuanto a la necesidad de una apertura hacia los demás Estados, lo cual se plasmaba, entre otras formas, en la suscripción de tratados. Ver ALBERDI, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1994, p. 91 y ss.

por los recursos procesales pertinentes. Las pautas generales de la Constitución fueron reglamentadas mediante las Leyes 27 (1863) y 48 (1864), que organizaron la Justicia Nacional y especificaron las cuestiones competenciales pertinentes.¹⁰

En forma concordante con la Constitución y las primeras normas de organización del Poder Judicial, el derogado Código Civil, sancionado en 1870, también previó que un Estado extranjero pudiera actuar judicialmente en nuestro país. Por ello, el art. 34 estipulaba: “Son también personas jurídicas los Estados extranjeros, cada una de sus provincias o municipios, los establecimientos, corporaciones, o asociaciones existentes en países extranjeros, y que existieren en ellos con iguales condiciones que los del artículo anterior.” Este reconocimiento interno no era una mera cuestión teórica, sino que de él se derivaban consecuencias en nuestro derecho, conforme el art. 35, que señalaba: “Las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos que este Código establece, y ejercer los actos que no les sean prohibidos, por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubiesen constituido”. Es decir que todas las personas jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado, pueden adquirir derechos en nuestro país. Pero a esos derechos también se le sumaban las obligaciones, entre ellas las contempladas en el art. 42: “Las personas jurídicas pueden ser demandadas por acciones civiles, y puede hacerse ejecución de sus bienes.”¹¹ Los comentarios formulados por Vélez Sarsfield a los arts. 34 y 35 aclaran estas previsiones legales. Así, nuestro codificador señala que el jurista brasileño Freitas, al criticar las disposiciones del Código Civil de Chile, expresaba que “...un Estado extranjero puede verse en el caso de demandar a un individuo en su domicilio por obligaciones o créditos a su favor, sin poder llevar el negocio por la vía diplomática.” A partir

¹⁰ Cabe tener en cuenta que ya sea que el Estado extranjero o sus funcionarios sean actores o demandados, existen ciertas limitaciones y recaudos que no pueden obviarse. Como aclara el art. 24 del Decreto-Ley 1285/1958 (que modificó en lo pertinente al art. 1º de la Ley 48), nuestra Corte Suprema podrá actuar “...del modo que una corte de justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes.”

¹¹ En concordancia con estas disposiciones, los Tratados de Derecho Civil Internacional (Montevideo, 1889 y 1940), de los cuales Argentina es parte, estipulan en sus respectivos artículos terceros que los Estados extranjeros (así como también otras personas jurídicas de derecho público extranjeras) podrán adquirir derechos y obligaciones en el territorio de otro Estado, de conformidad con sus leyes.

de esa observación, Vélez concluía: “Desde que se reconoce que las mismas obligaciones que se forman entre particulares, pueden formarse entre un Estado y un particular, es forzoso admitir que los tribunales deben administrar justicia, sin distinción de personas.”¹² Con una redacción más *aggiornada* a los tiempos actuales, estas previsiones legales se incluyeron en los arts. 146 y 147 del nuevo Código Civil y Comercial, en vigor desde agosto de 2015.

En este contexto normativo, cabe analizar la jurisprudencia más destacada del período. En primer lugar, se advierte que la casuística no es muy abundante, lo cual se explica a partir de una serie de datos, entre ellos, lo reducido de la comunidad inter-estatal de aquella época y la limitada actividad de los Estados fuera de su propio territorio, con exclusión de las funciones diplomáticas y consulares.

La primera causa de relevancia es “José M. Zubiaurre c/ Gobierno de Bolivia, sobre cobro de pesos” (Fallos 79:124, 08/06/1899), que si bien analiza la pertinencia de la competencia originaria o por apelación de la Corte, incorpora un breve elemento de interés para este Capítulo. El Procurador General, al rechazar la posibilidad de que la Corte intervenga en forma originaria manifestó que: “...las demandas contra un gobierno extranjero [*no son posibles*] ante los principios dominantes del Derecho Público Internacional, que proclaman la extraterritorialidad y la independencia jurisdiccional de las respectivas soberanías.” Por su parte, la Corte rechazó en forma sintética su conocimiento del caso, coincidiendo con las apreciaciones del Procurador.

Similar contenido aporta la causa “Baima y Bessolino c. Gobierno del Paraguay” (Fallos 123:58, 26/02/1916), en un nuevo intento por dirimir un litigio contra un Estado extranjero mediante la competencia originaria de la Corte. El Procurador, citando el caso “Zubiaurre

¹² En varios litigios tanto los jueces como los representantes del Ministerio Público Fiscal recordaron estas cláusulas del Código Civil, articulándolas con el art. 100 (actual art. 116) de la Constitución Nacional. Entre ellos, “El Ministro Plenipotenciario de Chile contra Carlos Porta, curador del concurso ‘Fratelli Lavarello fú Gio. Batta’” (Fallos 47:248, 20/02/1892), “Fisco Nacional c. Monez Cazón, Rodolfo y otro por reivindicación; sobre evicción” (Fallos 125:40, 28/12/1916), “Romay, Antonio c. Royal Commision on Wheat Supplies” (Fallos 135:259, 14/11/1921) y “Ministerio de Marina Mercante de EE.UU. v. Dodero Hnos. Ltda.” (Fallos 141:129, 30/07/1924).

c/ Bolivia”, expresó que en dicha competencia “...no se incluyen las acciones contra un gobierno extranjero conforme los principios del derecho internacional que reconocen la independencia jurisdiccional de los Estados...” Esta vez, la Corte Suprema se expidió con mayor énfasis acerca de su competencia originaria y de la inmunidad de jurisdicción, al advertir que la demanda se dirigía “...contra el gobierno de esa Nación que no puede ser llevado a juicio ante el tribunal de otra nación sin su consentimiento y que, en el caso, no corresponde a la jurisdicción originaria de esta Corte.” Unos párrafos después, la Corte agregó: “...si un particular es el demandante contra un gobierno extranjero debe ocurrir al juez de sección para que éste transmita la demanda por intermedio del Poder Ejecutivo Nacional al representante de la Nación demandada que aceptará o declinará a su arbitrio la jurisdicción, no pudiendo ser otro el alcance de la cláusula final del artículo 100 de nuestra Constitución... que extiende la jurisdicción federal a las causas que se susciten 'entre una provincia o sus vecinos contra un Estado o ciudadano extranjero.’”

La primera referencia expresa y detallada de la defensa de inmunidad de jurisdicción se planteó en “Fisco Nacional c. Monez Cazón, Rodolfo y otro por reivindicación; sobre evicción” (Fallos 125:40, 28/12/1916), ante el pedido para que se citara por evicción a la República del Paraguay. Esta solicitud fue aceptada sin mayores cuestionamientos por el Juez Federal, y rechazada por la Cámara Federal. Apelada esta decisión, el Procurador y la Corte Suprema coincidieron con el Juez Federal. El Máximo Tribunal señaló que “...el principio elemental de la ley de las naciones según el cual un Estado soberano no puede ser sometido a la potestad jurisdiccional de los tribunales de otro... no se opone al comparando voluntario a que se refiere la sentencia apelada, siendo evidente desde luego, que tal arbitrio puede ejercitarse indistintamente en el carácter de demandante o demandado.” La Corte también recordó las reglas del entonces vigente Código Civil (arts. 32, 34 y 42), además de lo dispuesto en el ex art. 100 de la Constitución, que establece la jurisdicción federal sobre estos sujetos, que sólo surte efectos “...con la limitación impuesta por el principio de derecho público precedentemente recordado.” Una vez hecha la citación de evicción, el Gobierno de Paraguay “...aceptará o declinará a su arbitrio la jurisdicción, en ejercicio de su derecho como persona jurídica o de su soberanía como Estado independiente.”¹³

¹³ En esta última línea transcrita, la Corte identificaría el principio de la doble personalidad del Estado, que puede actuar en carácter de persona jurídica

El cuarto y último caso de gran relevancia en esta etapa es “Ibarra y Cía. v. Capitán del vapor español ‘Ibaí’”, litigio que presenta gran similitud con uno de los precedentes más reconocidos en materia de inmunidad del Estado extranjero y sus bienes: “The Schooner Exchange vs. MacFaddon” (7 Cranch, 116), resuelto por la Suprema Corte de Estados Unidos de América (EE.UU.) en el año 1812. Si bien las decisiones del Juzgado de 1ª Instancia Federal (12/05/1937, *La Ley*, tomo 6, p. 500, y *Jurisprudencia Argentina*, tomo 58, p. 739) y de la Cámara Federal de la Capital (02/06/1937, *La Ley*, tomo 6, p. 1017, y *Jurisprudencia Argentina*, tomo 58, p. 739,) presentan gran relevancia y profundidad de análisis, *brevitatis causae* sólo se comentará el decisorio de la Corte Suprema (Fallos 178:173, 16/07/1937). Al resolver el recurso extraordinario interpuesto por la actora, la Corte dio por probados los tres hechos afirmados por la Cámara, esto es, que en 1936 España había incautado el buque objeto de la demanda; segundo, que lo había incorporado como auxiliar de la marina de guerra, afectándolo al cumplimiento de un servicio público, y tercero, que el país demandado expresamente había rechazado la jurisdicción de los tribunales argentinos, atento que la causa recaía sobre una propiedad pública afectada al servicio gubernamental. A partir de esos hechos probados, la Corte confirmó la decisión, señalando: “La Cámara *a-quo* se ha limitado a aplicar el principio elemental de la ley de las naciones con arreglo al cual un estado extranjero no puede ser compelido a aceptar la jurisdicción de los tribunales de otro estado soberano sin perjuicio del derecho que le asiste para intervenir, por acto espontáneo, como actor o acusador ante aquellos tribunales...” Agregó además que “...la sabiduría y previsión de esta norma de derecho público es incontestable. Verificar el examen de los actos de un estado soberano por los tribunales de otro y acaso declarar su invalidez mediante una sentencia contra la voluntad del primero llevaría sin duda a poner en peligro las amistosas relaciones entre los gobiernos y turbaría la paz de las naciones...” Asimismo, reiteró la misma interpretación de la última parte del ex art. 100 de la Constitución, al señalar que se sobreentiende que la posibilidad de trabar la *litis* contra un Estado extranjero está sujeta a las condiciones y limitaciones que nacen de los principios de derecho internacional público.¹⁴

(y consecuentemente desplegar actos de gestión) y también en su personalidad de soberano, realizando actos de imperio.

¹⁴ Es interesante destacar que en 1926 se aprobó la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas a las Inmunidades de los Buques de Estado, que contempla la problemática desarrollada en casos como “The Schooner

A la jurisprudencia antes apuntada cabe agregar otros casos en los cuales se debatieron exclusivamente cuestiones de competencia. En particular, si los litigios correspondían en forma originaria y exclusiva a la Corte Suprema o si debían ser atendidos por los jueces de sección (primera instancia), e incluso si eran de incumbencia del fuero federal. Es decir que en estas controversias no se invocó la inmunidad ya que, por definición, es una defensa que sólo se interpone ante un juez competente.¹⁵ Sin embargo, en estos juicios se incorpora un elemento analítico de relevancia, a veces como *obiter dictum*, acerca de la diferencia entre la actividad soberana o de imperio del Estado (*iure imperii*) y los actos comerciales, de gestión o aquellos en los que actúa como un simple particular (*iure gestionis*).¹⁶ Esta distinción es relevante ya que clarifica que por aquellas décadas nuestro Poder Judicial ya reconocía la existencia de esta doble personalidad del Estado, y que las hipotéticas defensas procesales que pudieran interponerse, o los privilegios derivados de la competencia federal, sólo estaban previstos para la primera categoría de actividades, más no para los actos de gestión. Este criterio fue dejado de lado por la legislación en 1950, siendo acatado por la Corte Suprema hasta 1993 inclusive, como se analizará en las páginas subsiguientes.

El litigio entre “Romay, Antonio c. Royal Commision on Wheat Supplies” (Fallos 135:259, 14/11/1921) tuvo la particularidad de enfrentar a un nacional español y a una agencia del Gobierno Británico,

Exchange” e “Ibarra y Cía”, esto es, la inmunidad que puede alegarse con relación a los buques de guerra, yates de Estado, buques de vigilancia, buques-hospitales, buques auxiliares, buques de abastecimiento y otras embarcaciones que le pertenezcan a un Estado o que estén bajo su explotación, y que estén afectados a un servicio gubernamental y no comercial. Argentina ratificó esta Convención en 1961.

¹⁵ De acuerdo con DEL CASTILLO, Lilian. *El Derecho Internacional en la práctica argentina*. Buenos Aires: Errepar, 2012, p. 48: “...cuando el demandado es un sujeto internacional se requiere la conjunción de competencia y consentimiento para el ejercicio de la jurisdicción - *nemo iudex sine actore*- como resultado de la aplicación de la norma residual de inmunidad. Sólo si hay una jurisdicción competente corresponde invocar la inmunidad, puesto que ante la falta se hace innecesario oponer otra defensa...”

¹⁶ Ver las críticas con relación a estos criterios para distinguir las acciones que serían justiciables en el Estado del foro formuladas por SINCLAIR, Ian. “The law of sovereign immunities. Some recent developments”. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 167, pp. 113-284 (197-2017).

encargada de la compra y provisión de trigo. Cuestionada por la demandada la competencia de los tribunales comerciales de la Capital Federal, la Corte confirmó el fallo de la Cámara de Apelaciones señalando que: “La jurisdicción de los tribunales federales por razón de las calidades personales de los litigantes, sólo comprende las causas en que un extranjero es parte cuando litiga con ciudadanos argentinos...” De ahí que un pleito entre dos extranjeros no requiriera las garantías de la justicia federal, de acuerdo con las justificaciones que derivaron en la creación de este fuero de excepción. Asimismo, la Corte señaló que “... ha quedado reconocido el carácter de persona jurídica extranjera de la parte demandada y con ello su capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, lo que importa que puede ser llevada a juicio por acciones civiles... que sea o no departamento oficial de los gobiernos extranjeros para la adquisición de trigo argentino es secundario, desde que obra no en el carácter de ‘estado’ *jure imperii* en ejercicio de su soberanía política sino de ‘estado’ *jure gestionis* en ejercicio de su carácter administrativo.”

Pocos años después, en el litigio “Ministerio de la Marina Mercante de EE.UU. v. Doderó Hnos. Ltda.” (Fallos 141:127, 30/07/1924) se esbozaron comentarios similares acerca de la doble personalidad del Estado. En su dictamen, el Procurador General explicó que la entidad demandante “...representa los intereses económicos de la Marina Mercante Norteamericana, que funciona bajo la dependencia del Ministerio respectivo y que está destinada a la contratación de fletes para los barcos de la misma. Su finalidad, pues, y por ende la naturaleza de sus relaciones con terceros con motivo del desenvolvimiento de sus gestiones, es netamente comercial, sometida al derecho común y no pueden ser dichas gestiones confundidas con las de derecho público o internacional a cargo del Agente Diplomático respectivo.” A mayor abundamiento, agregó el Procurador: “La parte actora, llámese Estado o particular, no puede actuar ante los tribunales del país ni ser traída a juicio en otro carácter que en el de persona jurídica del derecho común, adquiriendo derechos o contrayendo obligaciones (Código Civil, artículos 32, 34, 35).” La Corte Suprema confirmó estas apreciaciones, rechazando su competencia originaria en el caso, ya que no se debatían cuestiones atinentes al Embajador, sino que este funcionario actuaba meramente como apoderado de la *United States Shipping Board*.¹⁷

¹⁷ Análogas consideraciones se desprenden de otros dos litigios que involucraron al Ministerio de la Marina Mercante de EE.UU., ambos resueltos por la Cámara Federal de la Capital: “Cía. Introdutora de Bs. As. v. Capitán del vapor

Como síntesis de las consideraciones expresadas respecto de esta etapa, se puede señalar que desde la propia Constitución Nacional en su texto de 1853, así como en otras normas de aquéllos años, se contemplaba la participación de Estados extranjeros en litigios ante nuestros tribunales. Sin embargo, esa misma legislación imponía la obligación de respetar el derecho de gentes, y de esa forma lo entendieron los jueces, rechazando su jurisdicción si no existía consentimiento del sujeto internacional demandado.¹⁸ Asimismo, otro aspecto relevante fue la distinción entre actos de imperio y de gestión, lo cual determinaba que sólo se pudiera invocar la inmunidad respecto de la primera categoría de actos, mas no con relación a la segunda.

2.2 LOS DESARROLLOS ENTRE 1949/1950 Y 1957

En el año 1949 se modificó el texto constitucional, incluyendo lo referente al Poder Judicial. En aquello que es materia de nuestro interés, la Convención Constituyente incrementó la nómina de aforados a la competencia originaria de la Corte Suprema, ya que equiparó a los Estados extranjeros con sus representantes, dejando de lado la distinción efectuada en 1853/1860.¹⁹ Con esta premisa, la Ley 13.998, reglamentaria de la nueva

‘Anniston’” (*Jurisprudencia Argentina*, tomo XII, p. 682) y “Cía. Introdutora de Buenos Aires v. Capitán del vapor ‘Cokato’” (*Jurisprudencia Argentina*, tomo XIV, p. 705).

¹⁸ Vinuesa realiza esta acertada afirmación: “...el Derecho interno de los Estados al regular la materia concerniente a la inmunidad soberana recepta reglas generales aceptadas a través de sus prácticas reiteradas y constantes sobre la base de la reciprocidad. La directa aplicación del Derecho consuetudinario internacional general dentro de nuestro sistema constitucional ha sido aceptada por una reiterada y pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, sin cuestionar el mecanismo de recepción, incorporación o integración de esas normas.” En VINUESA, Raúl E. “Prórroga de jurisdicción del Estado, garantía del Estado y renuncia al derecho de la inmunidad soberana en el ordenamiento jurídico argentino”. *Anuario de Derecho Internacional Público*, Volumen 1 - 1981. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Instituto de Derecho Internacional Público, pp. 34-40 (36).

¹⁹ El nuevo art. 96 disponía: “La Corte Suprema de Justicia conocerá originaria y exclusivamente en las causas que se susciten entre la Nación y una provincia o sus vecinos con un Estado extranjero; en las causas concernientes a embajadores, ministros plenipotenciarios o cónsules extranjeros y asimismo originaria y exclusivamente en las causas entre la Nación y una o más provincias, o de éstas entre sí.”

organización del Poder Judicial de la Nación, incluyó en su art. 24 la necesidad de requerir la conformidad del Estado extranjero para ser demandado ante la Corte Suprema, siendo esta disposición la primera regulación expresa de la defensa de inmunidad de jurisdicción en el derecho argentino.²⁰ Así, se admitía expresamente que la Justicia Nacional no podía proseguir con la acción sin el consentimiento del demandado, debiendo por ello archivar las actuaciones.

La estipulación del art. 24 no innovó en la situación preexistente, aunque sí plasmó inexcusablemente la necesidad de pedir la conformidad para el juzgamiento. De esta manera, cualquier atisbo en décadas anteriores de avanzar respecto de la distinción entre actos de imperio y gestión, reconociendo la inmunidad sólo para los primeros, fue dejado de lado por la nueva legislación.

Con este marco legislativo, gran parte de los juicios contra Estados extranjeros de esta etapa se refieren a las cuestiones de competencia originaria de la Corte Suprema. Asimismo, se observa la aplicación de lo dispuesto por el art. 24 de la Ley 13.998, remitiéndose el pedido de conformidad a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y esperando la respuesta positiva para que quede trabada la *litis*. Caso contrario, la causa era archivada.

En “Muriel Olga Townshend de Briochetto v. Oficina Departamento Comercial del Canadá” (Fallos 215:252, 21/11/1949), la Corte señaló que no procedía dar curso a la demanda “...atenta la determinación del Gobierno de dicho Estado de no someterse a la jurisdicción del Tribunal...”. En forma idéntica, en “Oppenlander de Soska, Nelly v. Embajada del Ecuador o Arturo Borrero o Borrero Bustamante” (Fallos 221:171, 12/11/1951) la Corte no dejó lugar a dudas en su pronunciamiento, ya que la Embajada demandada había remitido una nota indicando que no prestaba su conformidad para ser sometida a juicio. Así, se resolvió que: “...ya sea que la acción se intente contra la mencionada República o contra la persona del Sr. Embajador de la misma acreditado en el país, en presencia de lo dispuesto en el art. 24, inc. 1º, de la ley 13.998, corresponde declarar la incompetencia del Tribunal.”

²⁰ El párrafo de interés dispone: “No se dará curso a la demanda contra un Estado extranjero sin requerir previamente de su representante diplomático, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, la conformidad de aquel país para ser sometido a juicio.”

Esta breve etapa aporta como elemento de relevancia la primera norma que regula expresamente la defensa procesal de inmunidad, aunque esta última palabra no haya sido incluida en el cuerpo legislativo. Fue el inicio de un período de respeto estricto por la manifestación de voluntad del Estado extranjero demandado, que se prolongaría por varias décadas, al menos en lo que respecta a las decisiones de la Corte Suprema.

2.3 DE LA REGLA CLÁSICA A LA MODERNA: EVOLUCIÓN ENTRE 1957 Y 1995

Una nueva Convención Constituyente se reunió en 1957 para derogar los cambios introducidos en 1949 y proclamar la vigencia del texto de 1853, con las reformas introducidas durante el siglo XIX.

En forma concordante, se aprobaron nuevas pautas de organización del Poder Judicial mediante el Decreto-Ley 1285/1958, posteriormente ratificado por la Ley 14.467. Esta norma reiteró muchas de las disposiciones de la Ley 13.998, incurriendo en un error dada las modificaciones constitucionales a la competencia originaria de la CSJN. Estos cambios normativos no impactaron en la interposición de la defensa de inmunidad, sino que sólo se alteró la instancia judicial competente: de la Corte Suprema (1949-1957) se volvió al sistema original, remitiéndose la causa a los tribunales de primera instancia.²¹

Esta situación queda claramente explicada en el litigio “S.A. El Cortijo v. Unión de las Repúblicas Soviéticas Socialistas” (Fallos 240:132, 10/03/1958), el primero que fue resuelto una vez acaecidos los cambios constitucionales y legislativos antes comentados. Nuestro Máximo Tribunal rechazó su intervención, ya que “...la competencia originaria de esta Corte reglada por el art. 101 de la Constitución Nacional no comprende las causas seguidas entre particulares y las naciones extranjeras. Que la disposición del inc. 1º) del art. 24 de la ley 13.998 ha quedado sin efecto a partir del restablecimiento de la vigencia de la Constitución de 1853 con la que concuerda lo prescripto por el art. 24, inc. 1º), del decreto-ley 1285/58.”

Asimismo, en reiteradas decisiones la Corte Suprema desestimó su competencia originaria, ya que la causa no involucraba los privilegios

²¹ BUSTOS LAMBERT, Rodolfo. “La Corte Suprema, los Estados y los embajadores extranjeros (Su competencia originaria)”. *La Ley*, 1986-A, p. 899.

e inmunidades de una persona aforada (agentes diplomáticos y consulares). Por el contrario, destacó que en las demandas contra los Estados extranjeros y sus dependencias, las misiones diplomáticas o consulares, y otras de similar índole, correspondía la intervención de los jueces de primera instancia. De esta manera, la Corte resolvía sobre una cuestión de competencia, cuestión necesariamente preliminar al planteo de inmunidad.²²

La regulación confirmada en 1958 fue actualizada en 1963 con el dictado del Decreto-Ley 9015, que incorporó la posibilidad de limitar la inmunidad por decreto fundado del Poder Ejecutivo Nacional, por cuestiones de reciprocidad.²³ Los motivos que llevaron al dictado de esta normativa fueron aclarados en sus considerandos y ampliamente explicados por su impulsor, el jurista Werner Goldschmidt, por entonces actuante como Sub Procurador del Tesoro de la Nación.²⁴ De esta manera, se introducía

²² En forma meramente ilustrativa, se pueden citar las causas “Ambrosio, Antonio v. Consulado General de Italia” (Fallos 252:164, 28/03/1962), “S.A. José Strajman v. Gómez Núñez, Aníbal y/o la Oficina Consular de Paraguay” (Fallos 269:67, 04/10/1967), “Mauro, Francisco R. c/ Embajada de la República Socialista Federativa de Yugoslavia y otro” (Fallos 276:310, 29/04/1970), “Embajada de El Salvador” (Fallos 310:783, 07/04/1987), “Sotomayor Solar, Jaime c. Consulado General de Chile” (Fallos 311:916, 31/05/1988) y “José Luis Paruolo c/ Gobierno de los Estados Unidos de América (FBI)” (Fallos 313:213, 06/03/1990), entre muchas otras. Cabe destacar la fundada posición en contrario, sustentada por una minoría de jueces en la causa “Municipalidad de Vicente López c. República Federal de Nigeria” (Fallos 323: 3592, 09/11/2000), al afirmar: “...si el art. 117 (anterior art. 101) tiene como finalidad el resguardo de las buenas relaciones internacionales, no se advierten razones que justifiquen efectuar distingos entre un país y sus representantes, sometiendo al primero a la justicia federal ordinaria.”

²³ Esta norma incorporó el siguiente párrafo en el art. 24: “Sin embargo, el Poder Ejecutivo puede declarar con respecto a un país determinado la falta de reciprocidad a los efectos consignados en esta disposición, por decreto debidamente fundado. En este caso, el Estado extranjero, con respecto al cual se ha hecho tal declaración, queda sometido a la jurisdicción argentina. Si la declaración del Poder Ejecutivo limita la falta de reciprocidad a determinados aspectos, la sumisión del país extranjero a la jurisdicción argentina se limitará también a los mismos aspectos. El Poder Ejecutivo declarará el establecimiento de la reciprocidad, cuando el país extranjero modificase sus normas al efecto.”

²⁴ GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional... cit.*, p. 542 y ss. La cláusula no está exenta de críticas: “Lo que... me produce considerables reparos es la visión del instituto de la restricción a la inmunidad como un acto, casi puramente de origen

en el principio general de la inmunidad una excepción que no estaba basada en el propio consentimiento del sujeto internacional demandado. Esta disposición no tuvo aplicación efectiva hasta la fecha, aunque su vigencia permite que aún hoy el Poder Ejecutivo Nacional pueda valerse de ella en caso de considerarla necesaria.²⁵

En materia de jurisprudencia esta etapa se caracteriza por la divergencia entre los jueces de las diferentes instancias, incluyendo a la Corte Suprema. En las décadas del '60 y '70 del siglo pasado algunas decisiones de tribunales inferiores comenzaron a trazar una distinción en los actos realizados por el Estado extranjero involucrado en un litigio, distinguiendo su actuación como ente soberano y como entidad de derecho privado. De cierta manera, recuperaron la tendencia esbozada en las primeras décadas del siglo, cuando incluso la Corte Suprema había hecho referencia a la distinción entre actos *iure imperii* e *iure gestionis*.²⁶

En este contexto, es de gran relevancia el juicio laboral planteado en “Roldán, Segundo c. Embajada de la República de Vietnam del Sur” (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV, 24/10/1974, *La Ley*, 1975-B, 527), ya que constituye un precedente directo de la revisión del criterio respecto de la inmunidad de jurisdicción, que iba a producirse casi 20 años después de este decisorio. El juez preopinante, al que adhirieron sus dos colegas, rechazó la viabilidad de un planteo de inmunidad, con los siguientes fundamentos que nos atrevemos a transcribir completos,

político, que debe ser decidido unilateralmente por el ejecutivo, de acuerdo a lo amistoso o inamistoso que se entienda a una conducta foránea. En verdad, lo que estamos analizando es un acto normal y habitual de la comunidad internacional, producto del incremento de las comunicaciones y contactos internacionales del mundo moderno que lleva a los Estados a tener un tráfico cada día mayor con los restantes miembros de la sociedad universal.” En ZUPPI, Alberto Luis. “La impenetrable inmunidad de los Estados extranjeros en Argentina, o ¿quién mató al art. 24 del Decreto-Ley 1285/58?” *El Derecho*, tomo 156, pp. 820-832 (825).

²⁵ Existe un sector de la doctrina, entendemos que minoritaria, que postula que la declaración de falta de reciprocidad podría decidirse también en la órbita judicial, ante un caso concreto. Ver el comentario y las citas aportadas por LIVY, Ignacio Guillermo. “El Estado extranjero ante los tribunales argentinos”. *Jurisprudencia Argentina*, 1991 - I, pp. 1031-1043 (1037).

²⁶ A modo de ejemplo, ver la causa “Suárez de Solares, Judit c. Estado de Turquía”, resuelto por la Cámara Nacional Federal, Sala Civil y Comercial, con fecha 30/11/1964 (*La Ley*, tomo 117, p. 741).

dado lo destacado de su razonamiento: "...la exención absoluta e indiscriminada de la concurrencia ante la jurisdicción laboral por relaciones sujetas al derecho de trabajo, importa el desconocimiento por el Estado que ha impuesto leyes de estricta observancia para todos, un privilegio a favor de la embajada extranjera que escapa a lo establecido como mínimo jurídico inderogable reputado necesario para la afirmación de la paz social, finalidad última perseguida por las leyes laborales que implica a su vez su no apartamiento por cualquier persona, con indiferencia de su rango por el solo hecho de estar en territorio nacional. No se trata además de una jurisdicción civil ordinaria, que si bien es susceptible de considerarse activa si mediasen deudas comunes, -sólo se verían excluidas las contraídas por las necesidades oficiales de la misión-cuanto más si se reclaman créditos laborales, en cuyo caso la jurisdicción y las leyes, tienden a la tutela del bien supremo de todo ser humano: su trabajo medio lícito y honesto de ganarse el sustento, y recibir por su actividad las compensaciones a las que legítimamente tiene derecho todo trabajador." Como corolario de estas consideraciones, se determinó que: "Los jueces, no pueden entonces ver limitada su jurisdicción, porque éste no es el caso del art. 24, inc. 1º del decreto-ley 1285/58, sino uno ordinario, en el cual no es posible reconocer inmunidad ni independencia diplomáticas, porque en su sustanciación no está comprometido el interés internacional, ni el prestigio del país que envió la embajada, ni el contenido de su misión, ni las relaciones exteriores en sus distintos niveles. Se trata de una cuestión de obligaciones, que no puede desatender el Estado nacional, en mérito de las circunstancias a que me he referido precedentemente."

La tendencia esbozada en "Suárez de Solares" y "Roldán" fue clausurada por la Corte Suprema en dos decisorios casi idénticos, emitidos el 24 de junio de 1976: "Gómez, Samuel v. Embajada Británica" (Fallos 295:176) y "Elsa López y otros c. Departamento Cultural de la Embajada de Francia" (Fallos 295:185). La Corte se expidió con mayor detalle en el primero de ellos, haciendo una remisión en el segundo. Dado que este caso fue objeto de innumerables comentarios de doctrina, es innecesario reiterar los hechos de controversia y las incidencias de la tramitación judicial.²⁷ En lo que es materia de nuestro interés, la Corte recordó que el art. 24, inc. 1º, del Decreto-Ley 1285/1958 regula

²⁷ Entre ellos, BIDART CAMPOS, Germán J. "Sobre la inmunidad de jurisdicción de los embajadores extranjeros". *Trabajo y Seguridad Social*, Tomo IV, 1977, pp. 417-418; y PÉREZ, Benito. "La inmunidad de jurisdicción en el derecho laboral". *Trabajo y Seguridad Social*, Tomo IV, 1977, pp. 257-266.

"...la forma de hacer efectivo el principio de derecho internacional relativo a la inmunidad de los Estados...", por lo cual era necesario recabar la conformidad del Estado demandado para avanzar con las actuaciones. Asimismo, del estudio del expediente judicial quedaba en evidencia que el Reino Unido, mediante sucesivas comunicaciones a nuestro Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, había rechazado la jurisdicción de los tribunales argentinos. Pese a esta negativa, advirtió la Corte que "...el Juzgado [*de primera instancia*] declaró su competencia en razón de no considerar comprendido el caso dentro de la prescripción legal anteriormente referida". Sin embargo, la Corte explicó que "...frente a la necesidad de respetar estrictamente las inmunidades de los estados extranjeros y los recaudos conducentes para el ejercicio de esta clase de privilegios, estima esta Corte que el art. 24, inc. 1º, citado no autoriza la distinción efectuada por el a quo respecto de la naturaleza de la cuestión..." De ahí que resolviera admitir la defensa de inmunidad planteada por el Reino Unido y dejar sin efecto todo lo actuado.

Cabe apuntar que la decisión de la Corte en ese año puso coto a la aplicación de un criterio restrictivo de la defensa de inmunidad, esbozado por tribunales inferiores y que, como ya fuera mencionado, contaba con antecedentes en las primeras décadas del siglo XX. Sin embargo, la Corte no se expresó respecto de la conveniencia o inconveniencia de esa nueva visión de la inmunidad, sino que se limitó a aplicar en forma estricta el marco legislativo vigente. Para nuestro Máximo Tribunal, dado que el art. 24, inc. 1º, no indicaba que en ciertos casos se prescindiría de la conformidad, la regla debía ser aplicada en cualquier tipo de litigio en el cual se planteara someter ante los tribunales argentinos a un Estado extranjero.

La consecuencia inmediata de estos decisorios de 1976 fue uniformar la jurisprudencia subsiguiente, situación que se extendería hasta diciembre de 1993, cuando la Corte Suprema mantuvo el mismo razonamiento al resolver la causa "Amarfil Alborno, Mirta Susana v. Consulado de Chile" (Fallos 316:3111, 16/12/1993).

Sin embargo, la línea jurisprudencial de la Corte Suprema tuvo un cambio radical en diciembre de 1994, al resolverse el caso "Manauta, Juan José y otros c. Embajada de la Federación Rusa" (Fallos 317:1880, 22/12/1994).²⁸ Los actores se desempeñaban en la Oficina de Prensa

²⁸ El litigio fue objeto de innumerables comentarios y estudios, de ahí que sólo se realizarán algunas apreciaciones puntuales de utilidad para el Capítulo de esta obra.

de la Embajada demandada, y al sufrir un distracto laboral iniciaron acciones judiciales en el fuero Civil y Comercial Federal, reclamando por daños y perjuicios derivados de la falta de pago de los aportes previsionales, sindicales y asignaciones familiares. En Primera Instancia y en la Cámara de Apelaciones se aplicó en forma estricta el principio del art. 24, inc. 1º, del Decreto-Ley 1285/1958, de ahí que se requirió la conformidad de la Federación Rusa, quien mediante su silencio dejó en evidencia el rechazo de la jurisdicción argentina en el litigio. En diciembre de 1993 el Procurador General de la Nación dictaminó en el mismo sentido, sugiriendo a la Corte rechazar el recurso extraordinario, para continuar con la línea jurisprudencial trazada desde 1976. Sin embargo, la Corte Suprema, en forma unánime (incluyendo votos individuales), decidió efectuar una nueva interpretación del Decreto-Ley mencionado, admitiendo la jurisdicción de los tribunales nacionales.

El voto mayoritario de la Corte analizó el texto del Decreto-Ley, señalando que "...la redacción de dicho artículo no conduce necesariamente a la adopción de la teoría clásica o absoluta, tampoco introduce textualmente la distinción entre los actos *iure imperii* y los *iure gestionis*." Asimismo recordó que "...aunque algunos tribunales inferiores han resuelto que no es de aplicación el art. 24 del decreto-ley 1285/58 a las causas laborales, esta Corte -incluso con anterioridad a la sanción de dicha norma-, aplicó siempre el principio de inmunidad de los Estados soberanos frente a los tribunales de otro Estado en todos los casos, inclusive los laborales." Esta aplicación estricta se derivaba de la interpretación realizada por la Corte del derecho internacional consuetudinario vigente, pero que "...a la vista de la práctica actual divergente de los Estados, ya no es posible sostener que la inmunidad absoluta de jurisdicción constituya una norma

Algunos trabajos de doctrina contemporáneos al fallo, de gran interés para ampliar el análisis, son: FERNÁNDEZ MADRID, Horacio. "Juicios laborales contra embajadas extranjeras". *ERREPAR - Doctrina Laboral*, Tomo IX, pp. 587-590; ALBANESE, Susana. "Inmunidad de jurisdicción restringida: sentencia y ley". *El Derecho*, tomo 162, pp. 85-88; BIDART CAMPOS, German J. "Un notable avance en la jurisprudencia de la Corte sobre inmunidad de los Estados extranjeros". *El Derecho*, tomo 162, pp. 83-89; RAMAYO, Raúl Alberto. "El derecho extranjero como argumento (A propósito de un fallo de la CSJN)". *El Derecho*, tomo 162, pp. 1182-1185; y DREYZIN DE KLOR, Adriana. "Comparecencia de un estado extranjero ante los tribunales argentinos (Una oportunidad aprovechada)". *La Ley*, 1995-D, p. 208.

de Derecho Internacional general, porque no se practica de modo uniforme ni hay convicción jurídica de su obligatoriedad.” La Corte Suprema llegó a la conclusión acerca de la existencia de una costumbre internacional a través de tres elementos de prueba principales: 1) textos legislativos que se enrolaban en la teoría restrictiva, tanto internacionales (Convención Europea de 1972, y el entonces Proyecto de la CDI de 1991) como internos (*Foreign Sovereign Immunities Act* de EE.UU. de 1976 y *State Immunity Act* del Reino Unido de 1978, entre otros); 2) La falta de reciprocidad que se constataba en diversos foros, en los cuales Argentina era demandada en aplicación de una teoría restrictiva, citándose el ejemplo del caso “*Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*” resuelto por la Suprema Corte de EE.UU. en 1992; y 3) la opinión de la doctrina especializada, en particular un trabajo del *Institut de Droit International*, correspondiente al año 1991 (Sesión de Basilea).

La Corte consideró, entonces, que “...no es de aplicación al caso la *ratio* del art. 24, inc. 1° del decreto-ley 1285/58 por no encontrarse en tela de juicio un acto de gobierno, ya que la controversia traída a conocimiento de este Tribunal se refiere al cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales, que en modo alguno puede afectar el normal desenvolvimiento de una representación diplomática.” Como justificativo adicional de su decisorio, la Corte apuntó: “...una interpretación opuesta de la norma aplicable conduciría en el caso, al injusto resultado de obligar al trabajador a una casi quimérica ocurrencia ante la jurisdicción del Estado extranjero o a requerir el auxilio diplomático argentino por vías letradas generalmente onerosas y extrajudiciales. Todo ello conduciría a un grave peligro de su derecho humano a la jurisdicción, peligro que el derecho internacional actual tiende a prevenir y no precisamente a inducir.” Por este motivo, ordenó que el Juzgado de Primera Instancia reasumiera su jurisdicción en el caso.²⁹

Esta nueva línea jurisprudencial fue revalidada por la sanción en 1995 de la Ley 24.488 sobre Inmunidad Jurisdiccional de los Estados

²⁹ Esta apretada síntesis del decisorio ciertamente no rinde homenaje a los aportes realizados en los votos individuales, en particular el del juez Carlos Fayt, quien realizó un detallado estudio del origen histórico de la defensa de inmunidad, su evolución y su práctica actual en el plano consuetudinario, y destacó el equilibrio que debía existir entre el respeto a la igualdad soberana de los Estados y la garantía de acceso a la jurisdicción, como un derecho humano fundamental.

extranjeros ante los tribunales argentinos.³⁰ Se suele afirmar que la sanción de este cuerpo normativo fue una consecuencia del decisorio de la Corte Suprema en la causa “Manauta”, concepto erróneo ya que la ley tuvo origen en dos proyectos de la Cámara de Diputados, ambos de fecha anterior a la sentencia.³¹

Como cierre de estos párrafos, podemos indicar que en las décadas cubiertas por esta etapa se produjeron cambios significativos, primero en la jurisprudencia y luego en el plano normativo. La legislación había permanecido casi invariable desde 1950, con la excepción de la regulación referente a la reciprocidad en 1963. No obstante, la jurisprudencia fue cambiante y marcó el giro de nuestro país hacia la tesis moderna o restringida de la inmunidad, dejando de lado el estricto criterio con el cual comulgó la Corte Suprema hasta diciembre de 1993 inclusive. A partir del precedente jurisprudencial y del nuevo texto de la ley regulatoria de la materia, la inmunidad de jurisdicción encontró su cauce en el derecho interno, no exenta de críticas y diversificaciones en la interpretación judicial.

2.4 LA APLICACIÓN DE LA DEFENSA DE INMUNIDAD A PARTIR DE LA LEY 24.488

A efectos de comprender el modo en que hoy se aplica la defensa de inmunidad en el derecho argentino, es necesario analizar el articulado de la Ley 24.488, identificando la jurisprudencia más destacada respecto de cada uno de sus principales ejes.

El art. 1º de la Ley establece el principio general en la materia: “Los Estados extranjeros son inmunes a la jurisdicción de los tribunales argentinos, en los términos y condiciones establecidos en esta ley.” De esta manera, se delimita el campo de aplicación de la Ley a un único

³⁰ Fue sancionada el 31 de mayo de 1995 y promulgada parcialmente el 22 de junio de ese año.

³¹ Registrados bajo los expedientes n° 2962-D-93 (firmante: Juan Octavio Gauna) y n° 3368-D-94 (firmantes: Elsa Diana Kelly y otros). Estos textos se unificaron en un proyecto único, que fue aprobado por la Cámara de Diputados en votación conjunta con otros proyectos. Ver Diario de la Cámara de Diputados de la Nación, Sesión del 07/12/1994, p. 4299-4304, 4536 y 4558-4559. El Senado lo aprobó sin debate al año siguiente, cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, Sesión del 31/05/1995, pp. 1702-1703.

sujeto y a un solo aspecto de la inmunidad: Estados extranjeros e inmunidad jurisdiccional. La Ley no abarca la inmunidad que corresponde a otros sujetos del Derecho Internacional, como las organizaciones internacionales. En este caso, las reglas que les son aplicables deben hallarse en los tratados constitutivos y en los acuerdos de sede.³² La segunda limitación implicó dejar de lado lo atinente a la inmunidad de ejecución, referida a la intangibilidad de los bienes estatales. Si bien los antecedentes que se tuvieron en cuenta regulan ambas defensas, es destacable la prudencia del legislador, particularmente con la perspectiva de más de 20 años y los sucesivos problemas que afrontaron en estas décadas los bienes argentinos en el exterior.³³ Es dable suponer que una regulación permisiva en Argentina podría haber derivado en similares medias contra nuestros activos en territorios extranjeros, en estricto uso del concepto de reciprocidad. En este sentido, cabe señalar que la primera norma de Argentina que reguló la inmunidad de ejecución fue la Ley 26.961, referida a los Bancos Centrales extranjeros, que será analizada en páginas subsiguientes. Por otra parte, los “términos y condiciones” que fija la Ley hacen referencia en primer lugar a las excepciones a la regla general, de acuerdo a la enumeración del Art. 2º. En segundo lugar, a las disposiciones de los arts. 4º, 5º y 7º, que aportan algunas reglas procesales al entablarse un juicio contra estos sujetos internacionales.

En el ámbito jurisprudencial el principio general de inmunidad fue confirmado en diversas actuaciones. En “Ceresole, Norberto c/ República de Venezuela” (Fallos 324:2885, 25/09/2001) y “Vergara, Walter Ricardo c/ Reino De España” (Fallos 339:316, 15/03/2016), los actores reclamaron en Argentina a causa de daños y perjuicios que sufrieron en territorio extranjero. En el primer caso, el actor, en su rol de periodista, sufrió agresiones por parte de la policía del país demandando, perjudicándose además por la retención de su material de trabajo. En el segundo, las autoridades españolas rechazaron el ingreso del actor al país europeo, lo retuvieron en el aeropuerto y lo enviaron de regreso a Argentina. En ambas controversias

³² Como referencia general del tema, ver REINISCH, Auguste. *International Organizations before National Courts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000; y MARTÍNEZ GONDRA, Ernesto S. *Privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 2004.

³³ LABORÍAS, Alexis Rodrigo. “El canje de deuda 2010 y la inmunidad de ejecución del Estado”. *El Dial*, 22/10/2010.

los actores invocaron la excepción contemplada en el art. 2º, inc. e), de la Ley, pero la Corte Suprema rechazó las pretensiones. El accionar de funcionarios públicos de un Estado extranjero, en el ámbito territorial que les corresponde, no puede ser objeto de análisis por las autoridades judiciales locales, indicó nuestro Máximo Tribunal.

En igual sentido se resolvió la causa “Davidoff, Constantino c/ Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte s/daños y perjuicios (Fallos 330:5237, 18/12/2007), en el punto final de un largo litigio encarado por el actor y que se entronca con el conflicto del Atlántico Sur (Islas Malvinas, Sandwich del Sur y Georgias del Sur, y sus espacios marítimos circundantes). Los sucesivos intentos de Davidoff para llevar a juicio en nuestro país al demandado, ya sea antes y después de la sanción de la Ley 24.488, no arrojaron resultados positivos. En el año 2007 la Corte Suprema, compartiendo los fundamentos brindados por la Procuración General, rechazó la pretensión, considerando que la conducta de las autoridades del Reino Unido trasuntaba el ejercicio de *imperium* estatal, escapando de la esfera jurisdiccional de nuestros tribunales. También fue aceptado el principio de inmunidad en “Louge, A. Beltrán y otro c/ Gobierno de su Majestad Británica s/ daños y perjuicios” (Fallos 337:731, 10/06/2014), relacionado con la extensión de certificados fitosanitarios por parte del Estado extranjero demandado.³⁴

Seguidamente, el art. 2º estipula que los Estados extranjeros no podrán invocar la inmunidad de jurisdicción en las ocho situaciones que se describen sintéticamente en cada uno de sus incisos. En realidad, el Estado extranjero puede invocar su inmunidad, ya que es uno de sus derechos como ente soberano. Al no ser una cuestión automatizada, y depender de las pruebas que se aporten, será el juez o tribunal interviniente quien deba considerar si la actividad cuestionada del Estado extranjero se encuadra en alguna de las excepciones o en la regla general del art. 1º. La enumeración de excepciones debe ser considerada como taxativa, ya que esto implica reafirmar que la regla corresponde al art. 1º, y no puede ampliarse la jurisdicción local por analogía, en el sentido de afectar a la inmunidad soberana.

El inciso a) regula el consentimiento expreso del Estado extranjero al ejercicio de jurisdicción por los jueces argentinos. La inmunidad

³⁴ Un comentario al fallo en ZUPPI, Alberto Luis. “Volviendo sobre la inmunidad soberana”. *La Ley*, 2014-E, p. 85.

es una defensa procesal, y como tal es un derecho que se le ofrece a un Estado extranjero en el Estado territorial, que puede ser renunciado si resulta conveniente para dirimir judicialmente un litigio. Esta prórroga o sumisión voluntaria a la jurisdicción extranjera se puede pactar antes que las controversias tengan lugar, o concretarla una vez acaecida la disputa.

El Inciso hace referencia a tres formas de consentimiento expreso, mediante dos tipos de instrumentos escritos (el tratado y el contrato) y una tercera forma mediante una “declaración”, que en realidad debería concretarse a través de una presentación escrita y formal en el expediente judicial abierto para demandar al Estado. La principal distinción entre estos actos es que los dos primeros se pactan antes de cualquier disputa, mientras que la declaración puede ser aplicada a un litigio en proceso.³⁵ Asimismo, otra de las formas de manifestar la aceptación de la jurisdicción local es iniciar una acción contenciosa, situación frecuente en el fuero penal, pero no en otros ámbitos judiciales.³⁶

³⁵ Un antecedente de relevancia es “Ángel D. González Parente v. Legación de la República de Filipinas y Nicolás Cianciabella” (Fallos 217:64, 07/06/1950), en el cual la demandada se presentó en el expediente y aceptó la jurisdicción de la Corte Suprema para entender en una causa de indemnización por daños, iniciada en forma conjunta contra la Embajada y uno de sus chóferes.

³⁶ Son innumerables los casos en los cuales una representación diplomática o consular extranjera aparece como denunciante de determinados ilícitos, aunque en la mayoría de estos expedientes no se realizan presentaciones para profundizar lo actuado. Algunos casos recientes son “Embajada de la República de la India s/ tentativa de robo” (Fallos 327:5476, 02/12/2004), “Embajada Española s/ denuncia por intimidación pública” (Fallos 330:2735, 12/06/2007) y “Embajada de Canadá s/ averiguación de ilícito” (05/08/2014). Un ejemplo en el fuero Civil y Comercial Federal puede encontrarse en “Embajada de la República de Polonia c/ Consultora Alejandro C. García Posadas S.A. y otros” (Fallos 323:3103, 19/10/2000). En “Legación de la República Turca c/ Importadora y Exportadora de la Patagonia S.A. y Banco de la Provincia de Buenos Aires” (Fallos 202:468, 10/09/1945) se hicieron unas consideraciones que, aunque referidas a la persona del jefe de la misión diplomática, se pueden aplicar *mutatis mutandi* a la Legación reclamante. Así, se estableció que si el representante diplomático de una Nación extranjera, actuando en nombre de los intereses de su Estado, promovió una demanda ante la Corte Suprema, había declinado la inmunidad de jurisdicción que lo asistía y estaba obligado a comparecer ante el tribunal para absolver posiciones.

En materia contractual, dos decisiones de Segunda Instancia resolvieron que la constitución de un domicilio especial en un contrato equivalía a someterse a la jurisdicción de los tribunales locales.³⁷ Por su parte, la Corte Suprema sólo admitió la validez de cláusulas contractuales en las cuales un diplomático extranjero daba su consentimiento a la jurisdicción de los tribunales argentinos si el Estado acreditante confirmaba esta prórroga, una vez acaecido un litigio.³⁸

Adicionalmente con las manifestaciones expresas de consentimiento, también podrían concretarse actos procesales respecto del expediente judicial que reflejen en forma implícita la sumisión a los jueces argentinos, como presentar una contestación de la demanda sin interponer la excepción de inmunidad, o plantear otro tipo de defensas de previo y especial pronunciamiento (pago, litispendencia, falta de legitimación activa o pasiva, entre otras). Como antecedente, en “Singer, Félix v. Dirección General de los Bosques del Estado de Polonia” (Cámara Comercial de la Capital, 22/05/1942, *Jurisprudencia Argentina*, 1942-III, p. 70), se estableció que era competente la justicia ordinaria para entender en este juicio, ya que la repartición del Estado extranjero contestó la demanda e interpuso una reconvencción, lo que implicaba un sometimiento a la jurisdicción.

El inciso b) contempla una excepción cuando el Estado extranjero fuera objeto de una reconvencción, ligada directamente a una demanda que hubiera iniciado previamente. En este supuesto, es el propio Estado extranjero el que activa la jurisdicción local y el único requisito del inciso es que el objeto del nuevo litigio que se abre esté directamente ligado con la demanda original. De nuestro conocimiento, no hay casos recientes en que se haya hecho aplicación de esta excepción, aunque algunos aportes antiguos son de gran relevancia, como la causa “Don Tomás B.

³⁷ Causas “Suárez de Solares” ya citada, y “García, Mario E. c. Embajada de la República Islámica de Paquistán” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, 03/09/1998, *El Derecho*, tomo 181, p. 391).

³⁸ En “Lucila D. E. Berthe y Alemani de Cecchini y otra v. Embajada de Francia” (Fallos 226:516, 31/08/1952) y “Binotti, Francisco J. C. c/ Loblein, Karlheinz s/ ejecución de alquileres” (Fallos 326:814, 20/03/2003), las respectivas Embajadas no confirmaron la prórroga realizada, de ahí que la causa judicial no pudiera prosperar. Por el contrario, en “María M. G. C. Garde de Bouquet v. Ricardo Letelier Saavedra” (Fallos 246:160, 06/04/1960), la República de Chile convalidó la conformidad prestada por el agente diplomático y la causa prosiguió su trámite.

Fowler contra el ministro de la República de Chile, por cobro de pesos” (Fallos 59:279, 30/04/1895), aunque no se trata estrictamente de una reconvencción, sino de dos demandas diferentes, con conexidad. El embajador de Chile, en representación de su Gobierno, había iniciado una demanda para requerir la nulidad de un contrato de venta de un buque. Como parte de este procedimiento, fijó un domicilio especial, para recibir las notificaciones pertinentes. En este marco, Tomás Fowler—que alegaba ser cesionario de los derechos de la empresa propietaria del buque—demandó al diplomático, por el cobro de una suma dineraria. Para hacerle saber de esta causa, un ujier de la Corte se presentó en el domicilio constituido, pero este acto fue rechazado por el embajador, indicando que “...en su carácter de enviado extraordinario y ministro plenipotenciario no podía aceptarla en la forma pretendida.” En un fallo dividido, la mayoría de la Corte consideró que ambas causas judiciales eran conexas, por lo cual el Embajador se había sometido a la jurisdicción argentina y, por derivación, al procedimiento habitual para las comunicaciones.³⁹

Otro precedente de relevancia se encuentra en el caso “Gobierno de la República de Perú v. S.A. Soc. Ind. Fin. Argentina S.I.F.A.R.” (Fallos 236:404, 10/12/1956), iniciado por el Estado extranjero y en el cual la empresa demandada presentó una reconvencción, la que fue contestada sin oponer excepciones. El resolutorio de la Corte fue favorable a la empresa, no sólo rechazando la demanda, sino también admitiendo la reconvencción, lo cual dio origen a una nueva intervención del Tribunal, con relación al requerimiento de pago (Fallos 240:93, 26/02/1958).

El inciso c) regula la excepción derivada de la actividad comercial o industrial llevada a cabo por el Estado extranjero y cuando la jurisdicción de los tribunales argentinos surge del contrato invocado o del derecho internacional. Este límite a la inmunidad representa uno de los grandes avances en materia de demandabilidad de los Estados extranjeros y al mismo tiempo constituye uno de los más complejos para su interpretación y aplicación.⁴⁰

³⁹ Un estudio *in extenso* de esta temática se puede consultar en LABORÍAS, Alexis Rodrigo. “El procedimiento de comunicación entre el Poder Judicial y las embajadas y consulados extranjeros”. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, Año VI, N° 9 (2012), pp. 102-130. Publicado online en <<http://www.derecho.uba.ar/revistagioja>>.

⁴⁰ Para estudiar con detalle la excepción comercial, ver BADR, Gamal Moursi. *Op. cit.*, Part III, Ch. 1; y FOX, Hazel and WEBB, Philippa. *The Law of State Immunity*. Oxford: Oxford University Press, 2013 (3rd ed.), Part III, Cap. 12.

En el Informe Preliminar presentado por el Relator Especial de la CDI en esta materia se aclaró que: “Bajo este epígrafe de «transacciones comerciales» quedan incluidos los contratos de suministro de bienes o servicios; los préstamos u otras transacciones para la provisión de recursos financieros y toda garantía de cualquier otra obligación financiera; y otras transacciones o actividades (ya sean comerciales, industriales, financieras, profesionales o de carácter análogo) desarrolladas por un Estado siempre que no sea en el ejercicio de su actividad soberana.”⁴¹ Si bien la descripción enunciativa parece cubrir la mayoría de los supuestos, en la práctica es posible encontrar casos dificultosos, lo cual deriva en la consideración de diferentes criterios a tener en cuenta para determinar dicho carácter. Así, el texto definitivo de la Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunidad Jurisdiccional del estado y sus Bienes (2004), elaborada sobre la base de los trabajos de la CDI, estableció en el art. 2º, inc. 2º que: “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.”⁴²

La redacción transcripta, pertinente para un tratado multilateral que debe conformar a una mayoría de Estados, ilustra la amplitud de criterios que puede tener en cuenta un tribunal para resolver un litigio en particular. Nuestra Ley 24.488 no contribuye a esclarecer el sentido del término “comercial” y tampoco aporta elementos de consideración su debate en el Congreso Nacional. Al respecto, Zuppi plantea sus críticas: “La redacción del texto argentino es, nuevamente, cuestionable. En primer lugar, distingue entre actividad comercial y actividad industrial sin una aclaración que explique qué se entiende por cada una de ellas y/o a qué atiende

⁴¹ COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL. *Anuario de la CDI* 1979... cit., p. 248.

⁴² Otro aspecto de la Convención en el cual recobra fuerza la regla de la finalidad es con relación a la ejecución de la propiedad estatal, al hacer referencia a “...bienes [que] se utilizan específicamente o se destinan a su utilización por el Estado para fines distintos de los fines oficiales no comerciales...” (Art. 19, inc. c). Cfr. CASTILLO ARGANARÁS, Luis F. y GODIO, Leopoldo. “El reconocimiento del privilegio de la inmunidad de ejecución de un Estado extranjero y los créditos laborales. La solución del Desarrollo Progresivo”. *El Derecho*, 14/12/2009, pp. 2-4.

la disyunción (...) En segundo lugar, el texto nada dice con referencia a que el acto comercial tenga algún efecto en el territorio nacional, lo que, no dudo, será reclamado por la jurisprudencia.”⁴³

En nuestra jurisprudencia el caso emblemático es “Cereales Asunción SRL c. Administración Nacional de Navegación y Puertos de Paraguay” (Fallos 321:2594, 29/09/1998). La Corte Suprema afirmó que la Ley 24.488 empleaba el término “comercial” en un sentido amplio, incluido dentro de los actos *iure gestionis*, y que “...sin perjuicio de la finalidad pública perseguida por todo Estado en su actuación, aun al realizar actos de gestión, la pauta de interpretación válida para determinar si un Estado puede ser juzgado por los tribunales del foro es la naturaleza de la actividad.” Para así decidir se hizo énfasis en los antecedentes de la Ley, entre ellos el Convenio Europeo de 1972 y el entonces Proyecto de la CDI, que priorizan el criterio de la naturaleza del acto cuestionado, antes que su finalidad. A partir de estas precisiones, determinó que “...los servicios de movimiento de carga portuaria constituyen actividad comercial en el sentido de la ley 24.488, y distan con evidencia de los actos de soberanía o imperio, pese a la índole pública del organismo creado por la ley paraguaya.” Es interesante mencionar que la posición de la Procuración General fue sustancialmente diferente, ya que consideró prioritario tener en cuenta la finalidad del acto, es decir, la autorización de Paraguay a una empresa privada para realizar la operatoria del puerto mediante un acto administrativo, y luego otro de similar tenor para revocar el permiso concedido.⁴⁴

El caso “Cereales” también aclaró el alcance de la última frase del inciso c), respecto de lo cual la Corte Suprema indicó: “...el derecho internacional general sólo impone como principio la existencia de una conexión razonable entre la jurisdicción de un Estado y la causa o controversia, sin precisarla específicamente. En tales condiciones, el derecho internacional impone el principio de razonabilidad de contactos dejando librada a los diversos sistemas de derecho internacional privado, convencionales o estatales, la precisión de las conexiones particulares.” Y respecto del litigio en análisis, señaló que “...no habiéndose pactado la jurisdicción paraguaya,

⁴³ ZUPPI, Alberto Luis. “La inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos conforme a la Ley 24.488”. *El Derecho*, tomo 166, pp. 866-877 (870).

⁴⁴ Con relación a este decisorio se puede ver el comentario de MAZZEI, María del Rosario. “¿Se encuentra vigente la doble personalidad del Estado a la luz de la inmunidad de jurisdicción de los Estados?” *La Ley*, 1999-B, p. 487.

las partes razonablemente han podido prever que serían competentes los jueces del lugar en que debía cumplirse el contrato por la empresa argentina deudora de la prestación característica de operar la carga en la zona franca paraguaya sujeta a la jurisdicción argentina, que muestra, sin dudas, los lazos más estrechos con el contrato. Consiguientemente tanto el contrato como el derecho internacional habilitan la jurisdicción de los tribunales argentinos (art. 2, inc. c, de la 24.488), pues el lugar de cumplimiento del contrato es un criterio que puede considerarse razonable según los principios de derecho internacional general...”

El inciso d) consagra la excepción a la inmunidad en una de las áreas en las cuales la regla clásica había recibido más críticas: las demandas por cuestiones laborales. Para ello, se determina que el reclamo debe realizarse por nacionales argentinos o residentes en el país, que el vínculo se haya plasmado en un contrato celebrado en la República Argentina o en el exterior, y que causare efectos en el territorio nacional. Todos estos requisitos son acumulativos y la falta de uno de ellos determinará la incompetencia del tribunal argentino para entender en las actuaciones.

En los años posteriores a la sanción de la Ley 24.488 la casuística fue abundante, pero quizás fue en “Saravia, Gregorio v. Agencia de Cooperación Internacional de Japón” (Fallos 321:2434, 01/09/1998) donde la Corte pudo precisar algunas cuestiones de gran relevancia. Son cuatro, específicamente, los ejes más destacados de esta decisión: primero, que los magistrados que integran la judicatura de la Capital Federal, incluyendo a los de la Justicia de Trabajo, revisten carácter nacional; segundo, que la Ley 24.488 era aplicable a las causas en trámite en 1995, por tratarse de una norma de habilitación de instancia; tercero, que estas causas encuadraban en lo prescripto por la Ley, ya que el actor era un nacional argentino que demandaba a un Estado extranjero, a causa de un contrato celebrado y con efectos en nuestro país; y cuarto, que la causa no correspondía a la competencia originaria de la Corte, ya que no se trataba de un asunto abarcado por el art. 117 de la Constitución Nacional.

En este punto es conveniente mencionar que en diversos fallos se admitió la inmunidad de jurisdicción, ya que los reclamantes no lograron acreditar los extremos previstos por la Ley. Entre ellos, “Gerini, Marta c. República de Honduras” (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VIII, 28/02/2001, *La Ley*, 28/02/2002), “D. O. L. c/ Embajada de México s/ despido” (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X, 12/08/2011) y “Mauull, Jorge Osvaldo c/ Consulado General de Italia s/ indemnización por antigüedad (Cámara Federal de Apelaciones de La Plata,

Sala II, 14/06/2012). Los casos anteriores ilustran respecto de vínculos o contratos laborales regidos por el derecho del Estado extranjero, a pesar de su cumplimiento en Argentina, de ahí que no se encuadre este tipo de relaciones en la excepción comentada.

Seguidamente, el inciso e) habilita las demandas por reclamos por daños y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio nacional, si bien esta última palabra no aparece en la redacción de la Ley.

Al comentar la cláusula equivalente en la Convención de las Naciones Unidas, la CDI explicó que esta excepción a la inmunidad tenía por objetivo “...proporcionar a los particulares un recurso o una posibilidad de acudir a los tribunales en caso de lesiones o muerte de una persona o de daño o pérdida de bienes corporales como consecuencia de un acto o una omisión que puede ser intencional, accidental o causado por negligencia atribuible a un Estado extranjero. Puesto que el acto o la omisión que ha causado el daño se ha producido en el territorio del Estado del foro, la ley aplicable es claramente la *lex loci delicti commissi* y el tribunal más idóneo es el del Estado donde se cometió el delito.”⁴⁵

Este remedio es adecuado, por ejemplo, en casos de delitos cometidos por personal diplomático extranjero en territorio argentino, quienes poseen inmunidad personal tanto en materia penal como civil (Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, art. 31). Al no proceder esta acción, el reclamante podría petitionar contra el Estado extranjero acreditante, buscando una compensación económica por el perjuicio sufrido.

En el plano jurisprudencial, esta excepción a la inmunidad fue invocada en diversas oportunidades, aunque en todas ellas fue rechazado, de acuerdo a lo expresado al comentar el art. 1º de la Ley 24.488. El principal defecto en la alegación de esta excepción fue la falta de conexión territorial, de acuerdo con los términos exigidos por el inciso e). Incluso, a pesar del reclamo de Argentina respecto de las Islas Malvinas y otros archipiélagos del Atlántico Sur, las acciones contra el Reino Unido por la comisión de delitos o cuasi delitos en el contexto de la Guerra de 1982 fueron rechazadas.⁴⁶

⁴⁵ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Anuario de la CDI* 1991... *cit.*, p. 48.

⁴⁶ Causa “Coronel, Oscar c/ Estado Nacional” (Fallos 323:3386, 09/11/2000). En forma previa a la sanción de la Ley 24.488 ya existían precedentes negativos

El inciso f) regula una excepción tradicional, de origen consuetudinario e incluido en la Convención de Viena de 1961, referida a las acciones vinculadas con bienes inmuebles que se encuentren en el territorio nacional. Esta excepción parte de una regla firme del derecho interno de los Estados, aceptada por el derecho internacional: el juez competente respecto de un inmueble es el del propio territorio en el cual ese bien se encuentra. Conforme Cahier, “[los Estados] no pueden admitir que un tribunal extranjero pronuncie una sentencia referida de alguna forma a su territorio.”⁴⁷

Cabe apuntar que la excepción contemplada en la Convención de Viena se aplica exclusivamente a los bienes inmuebles que posea el diplomático a título particular, no a aquellos que posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión.⁴⁸ Esta lógica de distinguir entre la inmunidad de los Estados extranjeros y de sus funcionarios está reflejada en el art. 6° de la Ley, que deja en evidencia la diferencia entre ambos campos del derecho internacional.

En la causa “Obras Sanitarias de la Nación c/ Embajada de la URSS-Representación Comercial de Rusia” (Fallos 324:1648, 21/05/2001) la Corte Suprema confirmó que “...la interpretación del art. 2, inc. f, de la ley 24.488 debe hacerse con criterio amplio y, por tanto, cabe concluir que frente a la pretensión de Obras Sanitarias de la Nación de cobrar tasas, contribuciones, recargos, intereses, multas y todo otro concepto vinculado con el servicio de suministro de agua corriente y desagües que preste con relación a un bien inmueble situado en el territorio de la Nación, juega la imposibilidad de invocar la inmunidad de jurisdicción.” De esta forma, se opuso a los argumentos interpuestos

en esta materia, entre otros, en “Taboada Roldán, Juan José” (Fallos 305:1504, 27/09/1983) y “Heinze, Juan c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte” (Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala I, 30/04/1987, *El Derecho*, tomo 124, p. 429).

⁴⁷ CAHIER, Philippe. *Derecho diplomático contemporáneo*. Madrid: Rialp, 1965, p. 348.

⁴⁸ Coincidimos en que “...lo que cuenta no es tanto averiguar a quién pertenece el inmueble como el hecho de que el mismo esté o no destinado para uso de la misión. En el primer caso, funcionará la inmunidad, mientras que en el segundo no se aplicará.” Cfr. CAHIER, Philippe. *Op. cit.*, p. 349. Un caso de nuestra jurisprudencia que ilustra claramente esta situación es “Sordelli, Beatriz Mabel c/ Villalba, Rosina Alcira” (Fallos 311:327, 24/03/1988).

por la Embajada demandada, en el sentido de interpretar la Ley como limitándose a las acciones reales respecto de inmuebles en Argentina.⁴⁹

El inciso g) contempla como excepción las acciones que estén basadas en la calidad del Estado extranjero como heredero o legatario de bienes que se encuentren en el territorio nacional. Esta regla también es tradicional, ya que es un principio general de derecho que las sucesiones deben tramitarse en el lugar en el cual se encuentre la masa hereditaria o, en defecto, en el último domicilio del causante.⁵⁰

En este sentido, en la causa “Sociedad Italiana de Tiro al Blanco c/ República Italiana s/ proceso de conocimiento”, se discutió respecto de una suma dineraria que se había legado al país europeo, con el cargo de construir o adquirir un edificio en la Ciudad de Buenos Aires. Ante la defensa del demandado, indicando que el dinero no se encontraba en territorio argentino y que ya había sido destinado a otros fines, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (12/05/2011) señaló que esas circunstancias no eran óbice para admitir la defensa de inmunidad. La Corte Suprema confirmó la decisión del *a quo*, expresando: “...toda vez que la presente contienda no se vincula con actos de gobierno, sino con el cumplimiento del cargo contenido en un legado en favor del Gobierno Italiano, lo cual no resulta susceptible de afectar el normal desenvolvimiento de la embajada, cabe concluir... que la ratio de la inmunidad jurisdiccional no se encuentra presente...” (Fallos 336:2144, 05/11/2013).

La última excepción de la Ley 24.488, contemplada en el inciso h), posee una redacción particular, al excluir la inmunidad cuando el Estado extranjero hubiera acordado por escrito someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, y luego pretendiere

⁴⁹ Es relevante señalar que la Ley 13.238 (sancionada en 1948) declara exentas de gravámenes fiscales (impuestos, tasas y contribuciones de mejoras) a las representaciones diplomáticas y consulares extranjeras, como asimismo a las agencias establecidas con fines oficiales, a condición de reciprocidad. En la actualidad, esta regulación debería aplicarse sólo con relación a los últimos dos ítems mencionados, ya que las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961) y Consulares (1963) eximen de impuestos a las respectivas misiones.

⁵⁰ Cahier advierte que la regla equivalente de la Convención de Viena de 1961, al consagrar como excepción a la inmunidad del agente diplomático su calidad de heredero o legatario a título personal, “...no se basa en ninguna regla de derecho internacional. Ni la doctrina, ni la práctica ni la legislación de los Estados le son favorables.” Cfr. CAHIER, Philippe. *Op. cit.*, p. 350.

invocar la inmunidad en un procedimiento relativo a la validez o la interpretación del convenio arbitral, del procedimiento arbitral o referida a la anulación del laudo. Queda a salvo de lo antes mencionado las disposiciones en contrario que pudiera contener el convenio arbitral.

Esta excepción es aplicable si se acordó dirimir el fondo de la controversia mediante un arbitraje entre el reclamante y el Estado extranjero. A partir de este acuerdo, pueden surgir cuestiones que sean recurribles por vía judicial, como las indicadas en el inciso.⁵¹ Para estos supuestos, las partes pactan qué jurisdicción será competente. En caso de no hacerlo, los tribunales argentinos podrán dirimir estas disputas conexas con el litigio principal. Cabe entender que los jueces argentinos no entrarán en el fondo del asunto (la transacción mercantil propiamente dicha), sino en los cuestionamientos o planteos respecto de validez del convenio arbitral, su interpretación, o la anulación del laudo. La última frase del inciso remarca la libertad de las partes de pactar en contrario, eligiendo otras jurisdicciones que pueda entender en esos reclamos, incluyendo los tribunales del Estado demandado. En los tribunales argentinos aún no se encuentran casos en los cuales se haya aplicado esta excepción.

La redacción de este inciso fue objeto de críticas, v. *gr.*, por All y Albornoz, que indican: “No se puede saber con precisión qué es lo que ha querido decir el legislador, más allá de que es una fórmula que estaría abarcando tanto a arbitrajes realizados en la Argentina como en el extranjero, sin que sea necesario que el pacto refiera a todo litigio, pudiendo estar circunscripto a un solo litigio, todo sin perjuicio de que la inmunidad pueda estar pactada en el acuerdo arbitral y que éste sea válido.”⁵²

Siguiendo con el articulado de la Ley 24.488, el art. 3° fue objeto de un veto parcial por el Poder Ejecutivo, a través del Decreto 849/1995. En su redacción original, esta cláusula disponía: “Si se presentaren demandas

⁵¹ En FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe. *Cómo y cuándo demandar a un Estado extranjero*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1996, p. 57, se señala: “Este inciso también está comprendido en el inciso a) por cuanto un convenio o clausula arbitral es expresión de la autonomía de la voluntad de las partes -contractual- y por ende implica renuncia expresa a alegar la inmunidad por parte del Estado extranjero en caso de reclamo.”

⁵² ALL, Paula y ALBORNOZ, Jorge. “La inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los Estados extranjeros a la luz de la legislación y la jurisprudencia argentina”. *Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades*, n° 4, 2006, pp. 115-146 (126).

ante los tribunales argentinos contra un Estado extranjero invocando una violación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el tribunal interviniente se limitará a indicar al actor el órgano de protección internacional en el ámbito regional o universal ante el que podrá formular su reclamo, si correspondiere. Asimismo, remitirá copia de la demanda al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, a fin de que tome conocimiento del reclamo y adopte las medidas que correspondan en el orden Internacional.”

Al no haber sido insistido, la disposición no se encuentra en vigor. El art. 3° planteaba violaciones de los derechos humanos que fueran cometidas fuera del territorio nacional, a pesar que esta aclaración no consta en su texto.⁵³ De haber sido cometida la violación en nuestro país, se aplicaría el art. 2°, inc. e), habilitándose la jurisdicción de los tribunales nacionales. Al presentar el Proyecto de Ley, el miembro informante de las tres Comisiones que trabajaron en el texto (de Relaciones Exteriores y Culto, de Justicia, y de Legislación General) explicó: “...existiendo organismos de control internacionales específicos en la materia, son ellos los encargados de analizar las denuncias sobre supuestas violaciones de los derechos humanos, no los tribunales de terceros Estados (...) Se quiere marcar de esta manera la diferencia entre la posición de los tribunales americanos en los casos *Filartiga* y *Siderman* entre otros...”⁵⁴ Así, la justicia local debía simplemente indicar ante qué tribunal o mecanismo internacional de protección se debía interponer el reclamo.

El Decreto 849/1995 indicó que este artículo era contradictorio con el art. 46, inc. 1°, apartado a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que determina que previo a llevar el caso a una instancia internacional, deben agotarse los recursos previstos en la jurisdicción interna. Asimismo, el Decreto trae a colación la opinión de la Comisión Interamericana sobre este aspecto, destacando que “...según resulta de la letra y del espíritu del proyecto de ley sancionado se distingue entre actos de imperio

⁵³ Dichos extremos se evidencian de los fundamentos que acompañaron al Proyecto de Ley, entre otros, por la referencia a dos casos resueltos por la justicia de los EE.UU.: “*Dolly M. E. Filartiga and Joel Filartiga v. Americo Norberto Pena-Irala*” (*US Court of Appeals, Second Circuit*, 630 F.2d 876) y “*Siderman de Blake v. Republic of Argentina*” (*US Court of Appeals, Ninth Circuit*, 965 F.2d 699). Ver Diario de la Cámara de Diputados de la Nación, sesión del 07/12/1994, pp. 4301-4302.

⁵⁴ Diario de la Cámara de Diputados... *cit.*, p. 4302.

de los Estados y actos de gestión administrativa, constituyendo las violaciones a los derechos humanos, por lo general, actos de imperio.” En otro considerando de interés, el Decreto indica que los delitos previstos en la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y la convención contra la Tortura “...pueden dar lugar a responsabilidad civil, por lo que parece impropio denegar el acceso a la justicia para demandar respecto de tales supuestos.”

La recepción de este artículo y su veto es disímil en la doctrina, ya que algunos autores han señalado que el texto vetado era adecuado,⁵⁵ mientras que otros lo critican en forma coincidente con el veto.⁵⁶

Los arts. 4º y 5º contienen reglas procesales atinentes a las demandas contra Estados extranjeros. De esta manera, estas breves regulaciones deben ser articuladas con el resto del ordenamiento procesal, a efectos de concretar un juicio de estas características.⁵⁷ En este sentido, se debe advertir que la Ley bajo estudio no derogó el régimen del art. 24 del Decreto-Ley 1285/1958, cláusula que continúa vigente a los efectos de la traba de la *litis*, de acuerdo a la confirmación de la Corte Suprema en “Silguero Agüero, Felicita c/ Embajada de Portugal” (Fallos 328: 2522, 28/06/2005).⁵⁸

El primer párrafo del artículo 4º permite distinguir la simple presentación para plantear la defensa, de la excepción identificada en el art. 2º,

⁵⁵ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe. *Op. cit.*, pp. 57-59.

⁵⁶ RIZZO ROMANO, Alfredo H. *El Estado y los organismos internacionales ante los tribunales extranjeros*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1996, p. 250.

⁵⁷ Una interesante estudio en LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. “Enfoque procesal de las defensas de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los Estados extranjeros”. *Revista de Derecho Procesal* (Ed. Rubinzal-Culzoni), N° 2003 - 1 [Defensas y excepciones], pp. 103-128.

⁵⁸ En caso de resultar conveniente, se podría recurrir también a las reglas procesales contenidas en el derecho consuetudinario o convencional. A modo de referencia, los arts. 22, 23 y 24 de la Convención de la ONU regulan la notificación de la demanda, las sentencias dictadas en ausencia y los privilegios e inmunidades durante la sustanciación del proceso ante un tribunal. A pesar que este instrumento internacional no se encuentra en vigor, la redacción de estos artículos puede aportar soluciones prácticas en un contencioso contra un Estado extranjero.

inc. 1°. Esto implica que la mera interposición de la inmunidad no implica un reconocimiento de la jurisdicción (no de la competencia) del tribunal.⁵⁹

La segunda oración identifica a la inmunidad como una defensa de previo y especial pronunciamiento, ya que suspende el término procesal del traslado o citación hasta tanto dicho planteamiento sea resuelto. En la práctica, esto implica que el Estado extranjero debería limitarse a interponer esta defensa, sin contestar en subsidio la demanda, o invocar otro tipo de defensas. Si el juez interviniente acepta la inmunidad, deberá declinar su jurisdicción en el caso mediante una sentencia que es apelable por la parte actora. Por el contrario, si rechaza esta defensa, decisión apelable por el demandado, el juez debe seguir adelante con el proceso y correrán desde cero los plazos para contestar la demanda. A partir de esta etapa, el proceso se desarrollará analizando el fondo del litigio, postergado por la prioritaria decisión jurisdiccional.⁶⁰

El art. 5° estipula que los jueces podrán ampliar prudencialmente los plazos procesales en beneficio del Estado extranjero. Si bien el artículo hace referencia al plazo para contestar la demanda y oponer excepciones, debe ser entendido en forma ilustrativa.⁶¹ Si bien la defensa del Estado extranjero

⁵⁹ Esta situación fue mencionada por el Procurador General de la Nación, en la causa “Gómez, Samuel”, ya analizada, al expresar: “Ocurre, empero, que la comparecencia de un estado extranjero ante los tribunales del estado del foro podría ser considerada, aun cuando se limitara a la defensa del privilegio, como una renuncia a éste para el caso de que se lo negase (...) esto no puede significar que la mera comparecencia a los fines de defender la inmunidad importe ya, en sí misma, la renuncia a aquélla, cuyo reconocimiento precisamente se quiere obtener.”

⁶⁰ Trooboff señala acertadamente que el concepto de inmunidad remite a un principio de jurisdicción (no de responsabilidad sustantiva), es decir, a la posibilidad de un tribunal nacional de entender en una demanda contra un soberano extranjero, pero no con los principios jurídicos que esa corte podría aplicar para resolver el litigio. Cfr. TROOBOFF, Peter D. “Foreign state immunity: emerging consensus on principles”. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 200, pp. 235-387 (254-255).

⁶¹ Para Herz, el régimen de notificaciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación queda desplazado sólo respecto de la demanda: “Nada se dice, en cambio, respecto de otros actos procesales ni del modo de notificar la sentencia, por lo que los tribunales aplican la ley foral.” En HERZ, Mariana. “La tutela procesal diferenciada y la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros y sus bienes”. *Revista de Derecho Procesal* (Ed. Rubinzal-Culzoni), N°2009-1 [Tutelas procesales diferenciadas-II], pp. 243-286 (269).

es habitualmente patrocinada mediante abogados contratados localmente, debe ser orientada desde el Ministerio de Relaciones Exteriores del país extranjero, de ahí que sea razonable otorgar un plazo extendido, que permita que las directivas procesales que se asumen fuera de nuestro territorio puedan reflejarse adecuadamente en el expediente judicial.

La jurisprudencia aún no fijó un criterio definitivo, si bien en la mayoría de los litigios se otorgó un plazo de treinta días. En “Mealla, Ester Yolanda c/ Embajada de Francia s/ despido” (04/11/2008), nuestro Máximo Tribunal, remitiéndose al detallado dictamen de la Procuración General de la Nación, rechazó el recurso extraordinario interpuesto por la demandada, confirmando en forma implícita que el plazo de treinta días que se le había otorgado a la Embajada había sido adecuado. En otro litigio laboral, “Marini, Carlos Ignacio c/ Embajada de la Republica de Indonesia s/despido” (10/12/2013), la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en una aplicación muy particular de la teoría de la doble personalidad del Estado, estableció que “...no rige el plazo de 60 días que dispone el art. 338 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en tanto el mismo está reservado a las contiendas que tengan al Estado como demandado en cuanto a poder público, siendo que la Embajada de la República de Indonesia resulta accionada en el presente pleito en su carácter de empleadora.” Este decisorio es pasible de críticas dado que el plazo de contestación de la demanda no puede depender del tipo de actuación involucrada. Las garantías procesales deben ser adecuadas para el Estado extranjero, sin hacer distinción con relación al litigio particular.

El art. 6° de la Ley marca una delimitación entre los campos que regulan diferentes aspectos de la inmunidad del Estado y sus funcionarios. Esta disposición tiene su origen en las cláusulas equivalentes de la Convención de la ONU (por aquel entonces un Proyecto) y del Convenio Europeo.⁶² Por supuesto, este artículo no puede ser entendido en la actualidad como referente a la jerarquía normativa, ya que por aplicación del art. 75, inc. 22, primera parte, de la Constitución Nacional los tratados tienen mayor jerarquía que las leyes, de ahí que estas últimas no puedan afectar los privilegios e inmunidades conferidos internacionalmente. Sin embargo, al elaborarse los proyectos de ley que, unificados, dieron origen a la Ley 24.488 esta jerarquía no estaba constitucionalmente vigente, sino que era una creación judicial, a través del caso “Ekmekdjian, Miguel

⁶² Arts. 3° y 32, respectivamente.

Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros” (Fallos 315:1492, 07/07/1992), posición luego reafirmada y complementada en “Fibrica Constructora SCA c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande” (Fallos 316:1669, 07/07/1993).

A pesar de la distinción hecha por el art. 6º, en la práctica es posible hallar puntos de contacto entre las inmunidades del Estado y aquella de sus funcionarios, ya que la segunda es una derivación e instrumentación de la primera.⁶³ Por ejemplo, respecto de la inmunidad de ejecución de los bienes estatales, es posible recurrir a las reglas consagradas en las Convenciones de 1961 y 1963, que protegen el patrimonio de las embajadas y consulados, en tanto oficinas estatales afectadas a su servicio exterior.⁶⁴ De igual manera, y como fuera mencionado, una invocación exitosa de la inmunidad personal de un agente estatal podrá ser solucionada mediante un litigio por daños y perjuicios contra su Estado acreditante, en los términos del art. 2º, inc. e), de la Ley.

El séptimo y último artículo de fondo de la Ley dispone que en las demandas contra un Estado extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto podrá expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el tribunal interviniente, en su carácter de “amigo del tribunal”.⁶⁵

El art. 7º puede ser visto desde dos ópticas, una permisiva y otra limitativa. Bajo la primera, el Ministerio quedaría habilitado a expresar sus opiniones sobre el litigio, con el objetivo de sumar elementos de prueba para un juez. Por ejemplo, aportar su opinión respecto de la vigencia de la costumbre internacional en la materia, que puede servir al tribunal para orientar adecuadamente su decisión.⁶⁶ E incluso, considerar la forma

⁶³ Un interesante debate acerca de la vinculación entre estas categorías de inmunidades se puede apreciar en INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *Report of the Sixty-Sixth Conference, held at Buenos Aires, Argentina (14 to 20 August 1994)*. Buenos Aires: ILA, 1994, pp. 478-487.

⁶⁴ Al respecto, ver SALMON, Jean et SUCHARITKUL, Sompong. "Les missions diplomatiques entre deux chaises: immunité diplomatique ou immunité d'Etat?" en *Annuaire français de droit international*, vol. 33, 1987. pp. 163-194.

⁶⁵ Si bien el artículo refiere a las demandas “contra” un Estado extranjero, el rol de *amicus curiae* también puede ser ejercido si el litigio es iniciado por dicho sujeto internacional.

⁶⁶ En la causa “Farías Alfredo Rodolfo c/ Embajada de la República Oriental del Uruguay s/ despido” (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, 24/08/2007),

en que el Estado extranjero demandado aplica la regla de inmunidad en sus propios tribunales. Desde la visión limitativa, implica delimitar el campo de acción de dicha dependencia del Poder Ejecutivo, aclarando que su rol es meramente como “amigo del tribunal”. Esto último es importante dado las críticas que recibió en su oportunidad el mismo rol que cumplía (y aún lo hace) el Departamento de Estado de EE.UU., y la tendencia de los jueces a aceptar o rechazar una defensa de inmunidad sobre la base de lo informado por el Poder Ejecutivo.⁶⁷ Desde cualquiera de estas ópticas, la participación del Ministerio es facultativa, atento que el artículo señala que “podrá” expresar su opinión. Asimismo, el resultado es simplemente una sugerencia para el juez, quien tiene independencia para seguir su propio criterio sobre la base de las particularidades del caso reflejadas en el expediente judicial.⁶⁸

Ahora bien, en “Reynals, Mercedes c. Korea Trade Center” (Fallos 319:564, 30/04/1996) se evidencia la gran diferencia que existe entre las funciones de amigo del tribunal del Ministerio de Relaciones Exteriores y su competencia intrínseca en materia de coordinación del relacionamiento exterior del Estado. Así, un informe producido por esta Dependencia, en el cual constaba que la entidad demandada no se hallaba inscripta en Argentina como parte integrante de la República de Corea, debía ser considerado como vinculante por las autoridades judiciales, y no a mero título informativo.

Habiendo analizado en forma sintética la Ley 24.448, que representó en su momento una gran innovación en nuestro sistema jurídico, se pueden realizar algunas apreciaciones a modo de cierre de esta etapa fundamental. A partir de 1995 en sucesivos casos de jurisprudencia se analizaron y aplicaron casi todos los artículos de esta legislación, situación destacable

el Ministerio realizó una presentación como *amicus curiae* para informar que la negativa de un Estado extranjero a exhibir a los jueces nacionales los archivos y documentos de la Representación diplomática no era una conducta jurídicamente objetable, ya que el Estado estaba actuando de conformidad a un derecho reconocido por la Convención de Viena de 1961.

⁶⁷ Como referencia, ver el artículo de JESSUP, Philip C. “Has the Supreme Court Abdicated One of Its Functions?” *The American Journal of International Law*, Vol. 40, N° 1 (Jan., 1946), pp. 168-172.

⁶⁸ UZAL, María Elsa. “La inmunidad de jurisdicción y ejecución de Estados extranjeros (el rol del Estado argentino como ‘amicus curiae’)”. *La Ley*, 13/05/2003, pp. 1-5.

ya que los litigios contra Estados extranjeros no son la regla en nuestro sistema judicial, sino más bien un conjunto de interesantes excepciones en la práctica cotidiana de los tribunales. Asimismo, la sanción de la Ley 24.488 parece haber tenido el efecto de simplificar los expedientes judiciales en los cuales intervienen estos sujetos internacionales, ya que en muchos casos la inmunidad no se invoca y el Estado demandado se limita a interponer el mismo tipo de defensas que corresponderían a un particular, o contesta la demanda realizando alegaciones directamente sobre el fondo del asunto. El otro aspecto de gran relevancia, que será desarrollado en el punto subsiguiente, es la consecuencia jurídica que se deriva de la admisión de la jurisdicción local para litigar contra Estados extranjeros, esto es, la posibilidad de disponer medidas de ejecución contra sus bienes.

2.5 LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN DE LOS BIENES ESTATALES EXTRANJEROS

La Ley 24.488 consolidó los criterios respecto de la aplicación de la inmunidad de jurisdicción, de acuerdo a lo explicado en los párrafos precedentes. Sin embargo, quedó fuera de su regulación lo referente a la inmunidad de ejecución, planteo que por lógica tuvo mayor impacto a partir de 1995. Si bien el primer caso en que expresamente se hizo referencia al cumplimiento de una sentencia fue en “República del Perú v. Sociedad Anónima Industrial y Financiera Argentina-S.I.F.A.R. (Fallos 240:93, 26/02/1958), fue recién en 1999, en la causa “Blasson, Beatriz Lucrecia Graciela c/ Embajada de la República Eslovaca” (Fallos 322:2399, 06/10/1999) en que la Corte hizo un desarrollo de consideración en esta materia.⁶⁹

El caso se centró en el pedido de embargo de la cuenta corriente bancaria de la demandada, acción planteada en el marco de un juicio laboral. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Cámara de Apelaciones dieron su conformidad con el embargo, teniendo en cuenta que la República Eslovaca no podía invocar su inmunidad de jurisdicción en el juicio de fondo, por aplicación de la Ley 24.488, art. 2º, inc. d). Al entender en el recurso de queja por denegatoria del recurso extraordinario, la Corte aclaró que al no existir normas en nuestro derecho interno que regularan específicamente la cuestión de la inmunidad de ejecución, el caso

⁶⁹ Un análisis detallado del decisorio en DEL CASTILLO, Lilian. “Medidas cautelares sobre bienes de representaciones diplomáticas”. *El Derecho*, Tomo 187, pp. 236-248.

debía ser resuelto “...según las normas y principios del derecho internacional que resulta incorporado ipso iure al derecho argentino federal...”. En este sentido, señaló que las medidas restrictivas de la propiedad como las solicitadas por la actora “...afectan gravemente la soberanía e independencia del Estado extranjero, por lo que no cabe, sin más, extender las soluciones sobre inmunidad de jurisdicción a los casos de inmunidad de ejecución.” Esa afirmación fue corroborada a partir del estudio de la costumbre internacional, de conformidad con el análisis de jurisprudencia de otros países, advirtiendo que los casos en los cuales se había admitido la ejecución de propiedad estatal extranjera eran “minoritarios y escasos”. En el mismo sentido, cotejó los textos del Convenio Europeo de 1972, del entonces Proyecto de Convención de las Naciones Unidas y la legislación de algunos países. Por último, la Corte consideró que a pesar que la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas no se refiere expresamente a las cuentas bancarias de las embajadas, también debe extenderse a ellas la protección prevista para los bienes, archivos y documentos de la Legación. De esta manera, la Corte señaló que “...ante el delicado y embarazoso conflicto entre el derecho del trabajador a cobrar su salario de una embajada sobre la cuenta destinada normalmente a pagarlo y el derecho de un Estado extranjero a la inmunidad de ejecución sobre esa misma cuenta, ha de darse preferencia a tal inmunidad, pese a que no haya sobre el caso inmunidad de jurisdicción... pues aquella prerrogativa se funda en el derecho internacional necesario para garantizar las buenas relaciones con los Estados extranjeros y las organizaciones internacionales (art. 27, Constitución Nacional).” En forma compensatoria para la actora, se señaló que el Estado demandado debía hacer honor a las relaciones de justicia con quienes sufren las inmunidades. Adicionalmente, en el voto individual de cuatro jueces, se instó al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto para que “...adopte todas las medidas que el derecho internacional le ofrece en el ámbito de las relaciones diplomáticas, frente a la embajada demandada y al Estado al que representa, para posibilitar el cumplimiento de la sentencia dictada en esta causa por el *a quo*.”

La línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema en el anterior decisorio fue confirmada en otras causas, cuyas principales criterios pueden ser sintetizados para una mejor comprensión.⁷⁰ En este sentido,

⁷⁰ Son de gran relevancia las causas “Obras Sanitarias de la Nación c/ Rusia” ya citada, y “Manauta, Juan José c/ Embajada de la Federación Rusa s/ daños y perjuicios” (Fallos 330:5139, 11/12/2007). Remitiéndose al caso “Blasson”, y sin extenderse en los fundamentos, la Corte resolvió también las causas “Bonacic-Kresic Esteban c/ Embajada de la República Federal de Yugoslavia s/ despido”

la Corte reafirmó que los supuestos previstos por la Ley 24.488 no pueden ser extendidos en forma analógica a la inmunidad de ejecución, sino que esta materia continúa regida por la costumbre internacional y, en forma acotada, por las cláusulas pertinentes de las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961) y Consulares (1963). Con particular referencia a las normas consuetudinarias, la Corte examinó la práctica reiterada de los Estados aceptada como derecho. Este proceso fue realizado a través del estudio de la legislación y jurisprudencia extranjera, las disposiciones de la Convención Europea, la Convención de la ONU y los trabajos realizados en el seno de la CDI, entre otros. Asimismo, se determinó que para que pueda debatirse el alcance de la inmunidad de ejecución debe existir un agravio concreto y actual contra el patrimonio del Estado extranjero. Si no se ha emprendido ningún acto precautorio o ejecutorio, el gravamen alegado constituye una argumentación prematura y meramente conjetural.

Respecto del fondo de las cuestiones debatidas, la Corte Suprema reconoció que, en la actualidad, las reglas en materia de jurisdicción se inclinan por una visión restrictiva, tanto en Argentina como en otros países, pero que la inmunidad de ejecución es respetada en forma más amplia, admitiéndose sólo algunas excepciones. De esta manera, el litigante que solicite a un tribunal argentino alguna medida de ejecución contra activos de un Estado extranjero deberá probar que dichos bienes no se encuentran destinados a una función pública, o que no se verá obstaculizada o impedida alguna función soberana del Estado.⁷¹

(04/05/2000), “García Jakab, Silvina Paula c/ Embajada de la República Eslovaca” (04/05/2000), “Kharsa Ghassan, Mustapha c/ Embajada del Reino de Arabia Saudita s/ despido” (04/10/2011) y “Premiani, Vicente Nazario c/ Embajada del Reino de Arabia Saudita s/ despido” (1/07/2014). También resultan de interés las consideraciones vertidas por el juez Antonio Boggiano en su disidencia en el caso “Torres, Norma c/ Embajada del Reino de Arabia Saudita” (Fallos 328:2391, 14/06/2005) y la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, en “Louge A. Beltrán y otro c. Gobierno de Su Majestad Británica s/ incidente de embargo” (17/02/2000).

⁷¹ También es posible plantear que sólo serán ejecutables aquellos bienes afectados a una actividad de gestión, pero no de imperio. Para Leben, frente a la dificultad para establecer el límite exacto entre ambos, se debe admitir que el derecho internacional actual reconoce la existencia de estas dos categorías de actos, “...pero reenvía para la delimitación de sus fronteras exactas a los derechos nacionales.” Cfr. LEBEN, Charles. “Les fondements de la conception restrictive de l’immunité d’exécution des Etats”

Ahora bien, frente a una exitosa defensa de ejecución, la Corte consideró importante recordar que el deudor debía honrar sus deudas. Para urgir esta decisión, nuestro Máximo Tribunal se limitó a formular al Estado extranjero un simple requerimiento de pago, sin imponerle medidas coercitivas. En caso que el deudor no honre sus obligaciones, se recomendó que el Poder Ejecutivo Nacional (a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto) utilizara las vías diplomáticas para solicitar al Gobierno extranjero el cumplimiento.

Como se aprecia de la explicación anterior, si bien el resultado no es satisfactorio para el particular, en cierto modo se asemeja a la situación de quien reclama contra el Estado argentino en los tribunales locales. Cabe recordar que el art. 7º de la Ley 3.952 y otras normas complementarias establecen que las sentencias contra el Estado tendrán carácter meramente declaratorio, rechazándose los actos coactivos sobre su patrimonio. Afirma Lilian del Castillo: “En consecuencia, admitir la ejecución de bienes de los Estados extranjeros constituiría una discriminación negativa, al colocarlos en una situación de disponibilidad que no alcanza a los bienes del Estado del foro.”⁷²

2.6. LA LEY 26.961, SOBRE INMUNIDAD DE LOS BANCOS CENTRALES EXTRANJEROS

En el plano legislativo, el desarrollo más reciente tuvo lugar en 2014, al sancionarse la Ley 26.961, referente a la inmunidad de los Bancos Centrales extranjeros u otras entidades equivalentes. La acotada y un tanto confusa redacción de la Ley debe explicarse teniendo en cuenta el contexto de su tratamiento legislativo, así como de los fundamentos que justificaron su sanción.⁷³

En BOUREL, Pierre (Dir.). *Centre de Droit International de Nanterre (CEDIN): L'Immunité d'Exécution de l'Etat Etranger (Quatrième journée d'Actualité Internationale, 22 avril 1988)*. Paris: Montchrestien, 1990, pp. 7-39 (23).

⁷² DEL CASTILLO, Lilian. *El Derecho Internacional... cit.*, p. 57.

⁷³ Un estudio detallado se puede encontrar en LABORÍAS, Alexis Rodrigo. “Immunity of foreign Central Banks: a comparison between the legislations in Argentina and China”. *Revista Ámbito Jurídico*, No 147-Ano XIX-ABRIL/2016. Publicado online en <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17050>.

El art. 1° de la Ley estipula que los bancos centrales extranjeros u otras autoridades monetarias extranjeras son inmunes a la jurisdicción de los tribunales argentinos y seguidamente se establecen las tres excepciones a dicha regla general. La primera excepción es que la entidad extranjera demandada hubiera manifestado su consentimiento respecto de la jurisdicción de nuestros tribunales, en forma previa o posterior a que surja una controversia. En el primer supuesto, la aceptación de la jurisdicción local se puede instrumentar a través de un tratado internacional, de un contrato o de un acuerdo de arbitraje. Asimismo, también puede ocurrir que, siendo demandada la entidad extranjera en la esfera judicial o arbitral, acepte dicho foro de solución de controversias a través de una declaración escrita. La segunda excepción se fundamenta en una reconvencción basada en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la demanda principal. El inciso no especifica si el banco central extranjero es quien presenta la demanda y es reconvenido (supuesto equivalente al planteado en el inc. b, del art. 2° de la Ley 24.488), o si es la agencia extranjera quien reconviene, frente a lo cual no puede invocar su inmunidad.⁷⁴ Por último, la tercera excepción estipula que la defensa no podrá ser invocada cuando la demanda versara sobre una actividad ajena a las funciones propias del banco central extranjero, y la jurisdicción de los tribunales argentinos surgiera del contrato invocado o del derecho internacional.

La Ley bajo estudio optó por hacer referencia a las funciones cumplidas por la entidad demandada, pero no al tipo de actos (de gestión, comercial, etc.) o a su naturaleza mercantil, como es habitual en la legislación vigente de diversos países. De esta manera, el régimen establecido es notoriamente diverso de los supuestos de la Ley 24.488, lo cual podría derivar en inconvenientes ante reclamos laborales o comerciales, entre otros, que se deriven del ejercicio de funciones propias de la entidad, pero que causen perjuicios a particulares. Así, mientras la Ley 24.488 establece que el Estado extranjero no puede invocar su inmunidad en estos casos,

⁷⁴ Esta situación no se aclara en el Proyecto de Ley (PE N°152/14, de fecha 25/06/2014), ni en los debates en el Senado (sesión del 10/07/2014) o en la Cámara de Diputados (sesión del 06/08/2014). En sendos trabajos previos del autor se afirmó que la excepción se refería a la presentación por el banco central extranjero de una reconvencción, aunque una relectura del inciso ofrece otra perspectiva. Ver LABORÍAS, Alexis Rodrigo. “Immunity of foreign Central Banks...” *cit.*, y “La inmunidad de los bancos centrales extranjeros en el derecho argentino”. *Microjuris*, 13/12/2016 (MJ-DOC-10581-AR).

dicha defensa sí es aplicable al banco central extranjero. El segundo requisito de esta excepción es que la jurisdicción de los tribunales argentinos surgiera del contrato invocado o del derecho internacional. En primer lugar, cabe advertir que si en el contrato se realiza una prórroga a favor de los tribunales nacionales, el supuesto sería similar al comentado al analizar la primera excepción de este art. 1° de la Ley. Es decir, se trataría de un caso en el cual el consentimiento de la entidad demandada, junto con la ajenidad del acto cuestionado con la función propia, constituyen la clave para que nuestros tribunales entiendan en la controversia. La segunda opción es que la jurisdicción de nuestros tribunales surja del derecho internacional. Aplicando el razonamiento formulado por la Corte Suprema en la causa “Cereales Asunción” ya mencionada, se puede establecer que en ausencia de un contrato entre partes, el juez deberá determinar si el derecho internacional lo autoriza a dirimir el fondo de la controversia, buscando una conexión razonable con el caso litigioso.

El art. 2° consta de dos oraciones muy diferenciadas, estipulando la primera la definición de “autoridad monetaria extranjera” a los fines de la Ley, adoptando como eje central las funciones habituales de estas entidades, y la segunda disponiendo la defensa de inmunidad de ejecución. Respecto de la primera parte, le corresponderá a un juez que entienda en un litigio en particular determinar si la entidad demandada se puede beneficiar de lo dispuesto por la Ley o si deben aplicarse las disposiciones más generales de la Ley 24.488. Para ello, la designación que reciba en el derecho interno del Estado extranjero no sería suficiente, ya que la autoridad judicial debería indagar la naturaleza jurídica de la entidad. Indudablemente, la existencia de un convenio firmado con el Banco Central de la República Argentina (BCRA), en los términos del art. 4 de la Ley, serviría como un valioso elemento de prueba. La segunda oración constituye el objetivo principal de la Ley 26.961, al estipular que los bienes de dichas entidades no pueden ser afectados por medidas de ejecución de ninguna especie, ya sea en forma previa a la sustanciación de un juicio o posteriores a su desarrollo, para efectivizar el cumplimiento de una sentencia.

Por su parte, el art. 3° dispone que la defensa de inmunidad “mencionada en el artículo anterior”, será aplicable en la misma medida en que los activos del BCRA, en su calidad de autoridad monetaria nacional, gocen de inmunidad conforme la legislación del Estado extranjero. Esto implica que la defensa dispuesta por el art. 2° se establece a condición de reciprocidad, es decir, en la misma medida en que los activos del BCRA

tengan la misma protección en otros Estados.⁷⁵ Al indicar este artículo que se aplica sólo “al artículo anterior”, deja en evidencia que la inmunidad de jurisdicción del art. 1° es reconocida de pleno derecho, con las tres excepciones antes mencionadas.

El art. 4°, último de fondo de la Ley, estipula que el BCRA “suscribirá los correspondientes instrumentos internacionales dentro del marco de su propia normativa y las atribuciones de la presente ley”, cláusula que presenta cierta dificultad interpretativa, dados los cambios que introdujo el Senado al Proyecto original.⁷⁶ Estos instrumentos que debe suscribir el BCRA no son una condición para que un Estado extranjero o su banco central gocen de inmunidad en nuestro país, derecho garantizado por la costumbre internacional y por la Ley 24.488. Por el contrario, esos instrumentos se deberán limitar a regular y reglamentar las cuestiones de reciprocidad, además de establecer las condiciones financieras bajo las cuales los fondos extranjeros se radiquen en nuestro país.

Descripto el articulado de la Ley 26.961, es importante realizar un análisis global de sus disposiciones, no siempre sencillas de entender y correlacionar con las pautas vigentes en materia de inmunidad estatal. En este sentido, cabe entender que la inmunidad del art. 1° se establece como una regla general, sin necesidad de reciprocidad ni suscripción de convenios especiales. Esta conclusión se afianza al considerar que los bancos centrales deben recibir, como un estándar mínimo, la misma inmunidad de que goza el Estado extranjero al cual pertenecen. Así, el art. 1° de la Ley (con su regla general y excepciones) es relativamente concordante con los arts. 1° y 2° de la Ley 24.488. Ahora bien, en el supuesto que algún Estado aplicara reglas menos beneficiosas que las argentinas en materia de inmunidad jurisdiccional para nuestro Banco Central, el Poder Ejecutivo podría decretar la falta de reciprocidad, en uso de la potestad prevista en el art. 24, inc. 1°, del Decreto-Ley 1285/1958.

Con relación a la inmunidad de ejecución, se puede recordar que los bienes de un Estado extranjero gozan de protección de acuerdo con el derecho consuetudinario vigente, tal como nuestra Corte Suprema indicó en su jurisprudencia. Entendemos que esta misma regla buscó

⁷⁵ Es dable recordar que el criterio de limitar la inmunidad por reciprocidad se legisló por primera vez en el Decreto-Ley 9015/1963, que introdujo un párrafo en el art. 24, inc. 1°, del Decreto-Ley 1285/1958, como fuera expuesto previamente.

⁷⁶ Ver LABORÍAS, Alexis Rodrigo. “Immunity of foreign Central Banks...” *cit.*

trasladarse a la Ley en estudio, pero no de manera amplia, sino sujeta a condición de reciprocidad, que se implementaría mediante la suscripción de acuerdos bilaterales. Es decir que los bancos centrales, como parte de la estructura estatal, gozan de inmunidad para sus bienes conforme el derecho internacional general. En este contexto, la Ley 26.961 implica una habilitación para crear normas internacionales particulares (bilaterales), que establezcan reglas más específicas y beneficiosas para la propiedad de estas entidades, cuyos bienes tendrán una protección mayor que el patrimonio general de los Estados extranjeros.

Por el momento, las anteriores consideraciones son simplemente planteos teóricos, ya que no existen casos litigiosos en los cuales el Poder Judicial haya tenido que interpretar esta Ley.

3. LEGISLACIÓN NACIONAL SOBRE PRÓRROGA DE JURISDICCIÓN EN TRIBUNALES EXTRANJEROS

En esta segunda parte del Capítulo se abordará el análisis de las normas nacionales que autorizan la iniciación de juicios contra nuestro país en jurisdicciones extranjeras, con particular referencia a la deuda externa.

Es importante advertir que la aprobación de este tipo de legislación representa la concreción jurídica de una decisión política y económica. En un mercado globalizado de bienes y servicios, el foro de solución de disputas suele ser elegido por el comprador, que constituye la parte más poderosa en la transacción. Esta particularidad afecta incluso a los Estados soberanos, quienes deben aceptar estas reglas para realizar compras de bienes en el extranjero o emitir deuda pública que cotice en los principales centros financieros. Esta circunstancia es claramente reflejada en diversas normas nacionales, que explican que este accionar responde a “prácticas internacionales habituales en los mercados en materia de endeudamiento” (Decreto 319/2004) o a “prácticas actuales de los mercados internacionales de capitales” (Decreto 29/2017).

Desde la óptica jurídica, la autorización que un Estado otorga para ser juzgado en tribunales foráneos (la sumisión a extraña jurisdicción, en palabras de Werner Goldschmidt)⁷⁷ involucra dos mecanismos: la prórroga de jurisdicción y la renuncia a la inmunidad soberana. Ambas herramientas son complementarias, y es frecuente que en los instrumentos

⁷⁷ GOLDSCHMIDT, Werner. “Sometimiento y sumisión...” *cit.*

que utiliza un Estado para plasmar este accionar aparezcan en conjunto, aunque también puede haber un uso indistinto de una u otra. La prórroga implica, como dijimos previamente, la decisión de someterse al poder decisorio de un juez extranjero. En otras palabras, desplazar la jurisdicción natural que sobre las acciones de Gobierno ejercen los jueces del país, para cederla en forma acotada a otra autoridad judicial, que ejerce su propia jurisdicción como derivación de la soberanía del Estado del foro o territorial. La Procuración del Tesoro de la Nación describe este instituto con las siguientes palabras: “La prórroga de jurisdicción por parte de un Estado debe entenderse como una decisión voluntaria, derivada de un proceso de negociación y avalada por las leyes del país en función de la naturaleza de los actos involucrados, por medio de la cual el Estado asume la posibilidad de ingresar en un sistema jurisdiccional extranjero pero no por ello imprevisible. La prórroga así entendida supone una interrelación de sistemas jurisdiccionales (el local que lo permite y el extranjero que se habilita); tal interrelación, en principio, no se extingue con la habilitación al tribunal extranjero, sino que podría continuar, por ejemplo, en la hipótesis de la ejecución en sede local de lo decidido en extraña jurisdicción (v. arts. 517 a 519 del CPCC).”⁷⁸

En forma conjunta o alternativa con esta transferencia del poder decisorio, el Estado puede manifestar que renuncia a interponer la defensa de inmunidad, frente a un procedimiento abierto en jurisdicción extranjera. De esta manera, ambas herramientas se combinan para producir el efecto de permitir el juzgamiento de un Estado soberano, cuando, por definición, a un par de la comunidad internacional no se le podría imponer la ley propia (*par in parem non habet imperium*).⁷⁹

Relacionado estrechamente con esta situación, debe advertirse que la conjunción de ambas instituciones no implica una renuncia del Estado

⁷⁸ Dictámenes, tomo 301, pág. 008 (esp. p. 019) (emitido el 10/04/2017).

⁷⁹ Concepto enunciado por el jurista medieval Bartolus di Sassoferrato, quien en su obra *Tractatus Repraesaliarum* (Quaestio I.3) indicaba: “*Non enim una civitas potest facere legem super alteram, quia par in parem non habet imperium, et quia non potest extra territorium suum statuere quae sunt jurisdictionis alterius et non suae, ut dicunt jura vulgaria.*” Este texto fue compilado en la obra *Consilia quaestiones et tractatus Bartoli*, que puede consultarse en el acervo digital de la *Bibliothèque nationale de France*, en el sitio <http://gallica.bnf.fr> (Acceso 23/11/2017) Una crítica al uso de este brocardo como referencia a la inmunidad soberana, en YANG, Xiaodong. *State Immunity in International Law*. Cambridge: CUP, 2012, pp. 51-55.

a su inmunidad de ejecución, la cual sigue vigente excepto que se realice también un abandono expreso de esta defensa. De ahí que una decisión judicial que acepte la sumisión del Estado no conlleva de plano la potestad de disponer respecto de su patrimonio.

3.1 EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

El debate en Argentina acerca de la posibilidad y conveniencia del Estado de someterse a tribunales extranjeros es de muy larga data, y suele reaparecer intermitentemente en el interés del público en general, y del sector académico en particular.⁸⁰ Un detallado *racconto* de este debate y de la legislación que se fue aprobando excede los objetivos de este Capítulo, de ahí que sólo se mencionarán las principales normas de los últimos 50 años, que dan un marco general suficientemente comprensivo para entender los alcances de este instituto, con particular referencia a la problemática de la deuda externa.

Así, el primer hito para destacar se sitúa en 1967, al aprobarse mediante la Ley 17.454 el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo art. 1º estableció: “La competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable. Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 12, inciso 4º, de la ley 48, exceptuase la competencia territorial en los asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de partes, pero no a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República.”⁸¹

⁸⁰ La bibliografía es extensa, de ahí que sólo se mencionarán tres destacadas obras, en las cuales pueden obtenerse referencias adicionales: GRACIARENA, María Carolina. *La inmunidad de ejecución del Estado frente a los laudos dictados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006; FAYT, Carlos. *Constitución Nacional y tribunales internacionales de arbitraje*. Buenos Aires: La Ley, 2007; y SOMMER, Christian. *Laudos arbitrales del CIADI*. Buenos Aires: Astrea, 2016. Cabe aclarar que estas obras se refieren a un ámbito específico de prórroga de jurisdicción, el del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), aunque sus comentarios pueden aplicarse *mutatis mutandi* a la temática que analizamos.

⁸¹ El art. 12 de la Ley 48 establece: “La jurisdicción de los Tribunales Nacionales en todas las causas especificadas en los artículos 1º, 2º y 3º será privativa, excluyendo a los Juzgados de Provincia, con las excepciones siguientes: (...) 4º Siempre que en pleito civil un extranjero demanda a una Provincia o a un ciudadano, o bien el vecino de una Provincia demande al vecino de otra ante un Juez

De esta manera, la improrrogabilidad de la competencia era morigerada respecto de las causas con contenido exclusivamente patrimonial, advirtiéndose, sin embargo, que esa concesión no podía ser ejercida a favor de jueces o árbitros actuantes en el extranjero. Los motivos que inspiraron esta disposición pueden ser diversos, entre ellos, la línea jurisprudencial marcada por la Corte Suprema en el caso “Compte y Cía. Soc. c/ Ibarra y Cía. Soc.” (Fallos 176:218, 16/11/1936), en el cual se declaró la nulidad de una cláusula contractual que establecía la prórroga de jurisdicción a favor de jueces extranjeros en materia de fletes marítimos, así como el negativo impacto producido por la causa “Franco Gronda” ya mencionada, que derivó en la posibilidad de limitar por razones de reciprocidad la inmunidad reconocida a los Estados extranjeros en Argentina. Bianchi también señala que esa tendencia restrictiva al arbitraje se pudo derivar de la crisis económica de la década del ‘30 del siglo pasado, y del intervencionismo estatal posterior.⁸² A estos precedentes se debe agregar el rechazo a la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), mediante el Convenio de Washington de 1965, que fue entendido por los delegados argentinos como una cesión de soberanía, al remitir a un foro internacional los litigios referidos a inversiones, en detrimento de la jurisdicción de los tribunales argentinos.⁸³

o Tribunal de Provincia o cuando siendo demandados al extranjero o el vecino de otra Provincia contesten a la demanda, sin oponer la excepción de declinatoria, se entenderá que la jurisdicción ha sido prorrogada, la causa se substanciará y decidirá por los Tribunales Provinciales; y no podrá ser traída a la jurisdicción nacional por recurso alguno, salvo en los casos especificados en el artículo 14.”

⁸² BIANCHI, Alberto B. “El Estado Nacional ante el arbitraje”. *La Ley*, 2005-B, p. 1405.

⁸³ En la Reunión Consultiva de Juristas realizada en Santiago de Chile entre los días 3 y 7 de febrero de 1964, que discutió el proyecto de Convenio propuesto por el Banco Mundial, el representante argentino, embajador Julio Barboza, señaló: “...el proyecto de Convenio envolvía una cesión de los poderes del Estado respecto a personas y cosas situadas dentro de su territorio nacional. Argentina no estaba dispuesta a menoscabar su jurisdicción y entendía que la disminución de la soberanía nacional no constituía un método aceptable para mejorar el clima de inversión”. Cfr. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Historia del Convenio del CIADI*. Washington: ICSID - World Bank, 1970, Vol. 4, p. 67. Ver también el comentario de MARZORATI, Osvaldo J. (h). “Prórroga de jurisdicción en la ley 17.454 y la convención sobre inversiones del Banco Mundial”. *Jurisprudencia Argentina*, 1968-III, Doctrina, p. 763.

Cronológicamente, la siguiente norma de relevancia, y la primera asociada directamente con la problemática de la deuda externa, es la Ley 20.548, sancionada en octubre de 1973, aprobatoria del Presupuesto de Recursos y Gastos para ese año. El art. 7º introdujo una modificación en la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto nº 11.672, en los siguientes términos: “El Poder Ejecutivo queda asimismo facultado para prestar la garantía de la Nación, con carácter accesorio o principal, a obligaciones que con las finalidades y bajo los requisitos mencionados asuman entidades públicas o privadas, así como para someter eventuales controversias con personas extranjeras a jueces de otras jurisdicciones, tribunales arbitrales con dirimente imparcialmente designado o a la Corte Internacional de Justicia de La Haya.”⁸⁴

La disposición autorizó al Estado a efectuar dos tipos de operaciones: a) constituirse en garante de deudas que asuman entidades públicas o privadas; y b) someter las controversias que se planteen a jueces de jurisdicciones distintas que la argentina. Esta disposición continúa en vigor en la actualidad, con varias modificaciones.⁸⁵ La referencia a “personas extranjeras” se refiere principalmente a acreedores privados extranjeros,

⁸⁴ De acuerdo con Onetto, “Con anterioridad a esta ley, la tesis predominante requería la aprobación legislativa en cada caso particular en que el Estado se sometía a una jurisdicción extranjera. Se consideraba que estando la Nación involucrada, por ejemplo como prestataria o garante de convenios de préstamos, el respectivo contrato asume el carácter de tratado internacional... que debía ser consolidado por ley.” En apoyo de esta afirmación cita varias leyes y dictámenes de la Procuración del Tesoro que sostuvieron esta postura. En ONETTO, Claudio A. “Actual concepto de ‘inmunidad soberana’”. *El Derecho*, tomo 93, p. 913 (922). Por su parte, Cárdenas sostiene que en la jurisprudencia y doctrina hay posiciones encontradas, y que tampoco la práctica administrativa arroja luz sobre la cuestión. Cfr. CÁRDENAS, Emilio J. “Algunas consideraciones en torno a la noción de ‘inmunidad soberana’”. *Jurisprudencia Argentina*, 1974, p. 710. En forma coincidente con esta última posición, ver RAMAYO, Raúl Alberto. “El art. 100 de la Constitución Nacional y la Nación como parte ante los tribunales de otro país”. *La Ley*, 1976-B, Sección doctrina, p. 671- 678.

⁸⁵ La redacción actual, correspondiente al art. 53 de la Ley 11.672, dispone: “Cuando convenga facilitar la movilización de capitales en el mercado interior o exterior, con el fin de establecer o ampliar servicios públicos o actividades que directa o indirectamente estén vinculadas a los servicios de ese carácter, mediante obras o explotaciones legalmente autorizadas, o realizar inversiones fundamentales para el desarrollo económico del país, declaradas de interés nacional por ley o por el PODER EJECUTIVO NACIONAL, queda éste facultado para

ya sean personas humanas o jurídicas, por ello la última parte de la cláusula incurre en un error, dado que ante la Corte Internacional de Justicia sólo poseen legitimación activa los Estados.⁸⁶

En abril de 1976 se sancionó la Ley 21.305, que efectúa una modificación de gran importancia al Código Procesal Civil y Comercial. Conforme esta Ley, el art. 1º del Código quedaba redactado de la siguiente forma: “La competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable. Sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 12, inc. 4º de la ley 48, exceptuase la competencia territorial en los asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de partes, incluso a favor de jueces que actúen fuera de la República, excepto en aquellos casos en que los tribunales nacionales poseen jurisdicción exclusiva. El acuerdo de partes por el que se establezca la prórroga de competencia a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, en los casos en que proceda, será válido únicamente cuando haya sido celebrado con anterioridad a los hechos que motivan la intervención de éstos:”

La Ley mencionada autorizó entonces a prorrogar la jurisdicción, salvo que los tribunales argentinos tuvieran jurisdicción exclusiva y con la sola excepción de ser aplicable a conflictos que surgieran con posterioridad a la prórroga pactada. Finalmente, la Ley 22.434 de marzo de 1981 efectuó nuevas modificaciones al articulado del Código Procesal y el art. 1º adquirió la siguiente redacción: “La competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable. Sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales y por el artículo 12, inciso 4º, de la Ley Nro. 48, exceptuase la competencia territorial en los asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de partes. Si estos asuntos son de índole internacional, la prórroga podrá admitirse aún a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República,

contratar préstamos con Organismos Internacionales económico-financieros a los que pertenezca como miembro la REPUBLICA ARGENTINA, siempre que se ajusten a los términos y a las condiciones usuales, y a las estipulaciones de los respectivos convenios básicos y reglamentaciones sobre préstamos. El PODER EJECUTIVO NACIONAL queda facultado para someter eventuales controversias con personas extranjeras a jueces de otras jurisdicciones, tribunales arbitrales con dirimente imparcialmente designado o a la CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE LA HAYA.”

⁸⁶ Estatuto de la CIJ, art. 34, inc. 1º: “Sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte.”

salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por ley.”

Esta redacción es la que continúa vigente en la actualidad. En ella se corrigieron algunos conceptos de la anterior Ley 21.305, como indicar que la prórroga es “en asuntos de índole internacional”. Por otra parte, se elimina la necesidad que ese acuerdo sea previo a los hechos que motivan la demanda.

Como fuera mencionado en un trabajo anterior,⁸⁷ el esquema de autorización para prorrogar la jurisdicción tuvo su mayor impacto en materia de deuda pública, por su carácter sistemático. Por el contrario, la presencia de Argentina ante tribunales extranjeros en otras áreas es realmente ocasional, pudiendo encontrarse antecedentes de causas laborales iniciadas por personas que se desempeñaron en diferentes representaciones diplomáticas u oficinas consulares, o vinculadas con la provisión de bienes y servicios.

A partir de este esquema jurídico, que admitía la prórroga de jurisdicción se desarrolló la operatoria de colocación de bonos soberanos en plazas financieras extranjeras. Este sistema tuvo su eclosión luego de la crisis política y económica de los años 2001 y 2002,⁸⁸ cuando los sucesivos

⁸⁷ LABORÍAS, Alexis Rodrigo. “Argentina ante los tribunales extranjeros. Prórroga de jurisdicción, inmunidad soberana y deuda externa”. *El Dial*, 25/08/2006.

⁸⁸ Unos años antes, el país ya contaba con un antecedente en contra, en el diferendo “República Argentina y Banco Central de la República Argentina c/ Weltover, Inc.”, resuelto por la Suprema Corte de EE.UU. en junio de 1992. Conforme Zuppi: “...sucintamente, consiste en el rechazo... de la inmunidad soberana argentina, invocada con relación a la reprogramación unilateral que efectuara nuestro país de los vencimientos de los Bonos Nominativos en Dólares Estadounidenses (Bonods) por medio del decreto presidencial 772 del 23 de mayo de 1986. La Corte estima que tal decisión ha sido de carácter comercial y que ha tenido efectos en los Estados Unidos y por lo tanto, por no ser inmune, sujeta a ser revisada por los tribunales.” En ZUPPI, Alberto Luis. “La inmunidad soberana de los Estados y la emisión de deuda pública”. *La Ley*, 1992-D, p. 1118. Otros estudios de interés sobre esta sentencia se encuentran en ONETTO, Claudio A. “Deuda externa. Inmunidad soberana del Banco Central”. *La Ley*, 1992 - A, p. 702; y DELAUME, Georges R. “The Foreign Sovereign Immunities Act and public debt litigation: some fifteen years later”. *American Journal of International Law*, Vol. 88 (1994), p. 257.

incumplimientos de nuestro país respecto de la deuda externa activaron las cláusulas de solución de controversias y derivaron en los reclamos masivos ante tribunales extranjeros.⁸⁹

Sin embargo, las lecciones de esta litigiosidad no fueron aprendidas por las autoridades nacionales. En parte, cabe reconocerlo, porque las propias condiciones del mercado determinan que la prórroga y la renuncia a la inmunidad soberana son requisitos ineludibles si se quiere concretar una colocación exitosa de deuda pública en el extranjero. Por este motivo, en la primera reestructuración de la deuda *post default*, concretada a través de los Decretos 319 y 1735, ambos del año 2004, y por la Ley 26.017, sancionada en febrero de 2005, se autorizó una vez más la prórroga de jurisdicción y la renuncia a oponer la defensa de inmunidad soberana, con relación a los nuevos bonos que se ofrecieron para cancelar las acreencias previas.⁹⁰

El segundo canje de deuda se desarrolló a partir del Decreto 563/2010, cuyo art. 3° dispuso: “Autorízase, conforme resulte pertinente, a incluir cláusulas que establezcan la prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales ubicados en la ciudad de Londres -Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte-, y de los tribunales ubicados en la ciudad de Tokio -Japón-, y la renuncia a oponer la defensa de inmunidad soberana, exclusivamente, respecto de la jurisdicción que se prorrogue, según el ‘Suplemento de Prospecto (Prospectus Supplement)’”, en los contratos que se suscriban y en los términos y condiciones de los instrumentos de deuda

⁸⁹ Un análisis detallado en BRUNO, Eugenio A. “Aspectos legales del ‘default’ de la deuda”. *La Ley*, 2002-C, p. 949; y en BRUNO, Eugenio A. [et al.]. “Los derechos de los inversores argentinos frente a la propuesta de reestructuración”. *La Ley*, 2004-A, p. 1025.

⁹⁰ A modo de ejemplo, uno de los considerandos del Decreto 319/2004 expresa: “Que siguiendo prácticas internacionales habituales en los mercados en materia de endeudamiento, en la Carta de Contratación (“Engagement Letter”) suscripta con los Bancos Organizadores Internacionales seleccionados y la REPUBLICA ARGENTINA, se establece que la misma se rige por la ley del Estado de NUEVA YORK de los ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, siendo competentes los tribunales estatales y federales ubicados en dicha ciudad, debiéndose en tal sentido autorizar la prórroga de jurisdicción a dichos tribunales extranjeros en virtud de la facultad otorgada por el segundo párrafo del Artículo 16 de la Ley N° 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto (t.o. 1999), incluida en la referida Carta.”

pública nacional que se emitan de conformidad con lo previsto en el presente decreto.” Este procedimiento fue prolongado por la Ley 26.886, sancionada en septiembre de 2013, que autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a “...realizar todos aquellos actos necesarios para la conclusión del proceso de reestructuración de los títulos públicos...”, con relación a los bonos no presentados en alguno de los canjes anteriores.

A pesar de las ofertas concretadas en ambos canjes, una reducida cantidad de acreedores no aceptaron el ofrecimiento, manteniendo el litigio judicial, principalmente en los tribunales estadounidenses. Por este motivo, se estableció un nuevo mecanismo a través de la Ley de Pago Soberano n° 26.984, en septiembre 2014. Esta legislación determinó que si los pagos a los acreedores que entraron a los canjes previos fueran bloqueados por la minoría de no aceptantes, se podrían activar diferentes procedimientos, entre ellos: “Instrumentar un canje por nuevos Títulos Públicos, regidos por legislación y jurisdicción de la República Francesa, en términos y condiciones financieras idénticas, y por igual valor nominal, a los de los Títulos Reestructurados que se presenten a dicha Operación de Canje; quedando autorizada a tales fines, conforme resulte pertinente, la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales ubicados en la República Francesa en los términos y condiciones de la presente ley.” (art. 7°, inc. 2°).

Otra norma contemporánea de referencia es la Ley 27.207, que aprueba los “Principios Básicos de los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana”, reconocidos por las Naciones Unidas (Resolución de la Asamblea General A/RES/69/319). Entre estos Principios cabe destacar el n° 6, que dispone: “El principio de la inmunidad soberana de jurisdicción y ejecución en materia de reestructuración de la deuda soberana es un derecho de los Estados ante los tribunales internos extranjeros, y las excepciones deberán interpretarse de manera restrictiva.”

Los litigios en tribunales estadounidenses se mantuvieron vigentes hasta el arreglo casi definitivo, dispuesto por la Ley 27.249, sancionada en marzo de 2016.⁹¹ Por supuesto, la cancelación a los acreedores se realizó con nuevos bonos, respecto de los cuales esta Ley autorizó a incluir “...cláusulas que establezcan la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros, y que dispongan la renuncia a oponer la defensa

⁹¹ Algunos inversores extranjeros mantienen sus litigios activos, representando aproximadamente el 1% del total de acreedores originales.

de inmunidad soberana, exclusivamente, respecto a reclamos en la jurisdicción que se prorrogue y con relación a los acuerdos que se suscriban y a las emisiones de deuda pública que se realicen, de conformidad con lo previsto en la presente ley y sujeto a que se incluyan las denominadas ‘cláusulas de acción colectiva’ y cláusula de ‘pari passu’, de conformidad con las prácticas actuales de los mercados internacionales de capitales.” (art. 9°).

Por último, se observa que durante los años 2016 y 2017 se emitieron nuevos instrumentos de la deuda, conservando las cláusulas habituales. Así, el Decreto 594/2016 dispone en su art. 1° que el Ministerio de Hacienda y Finanzas queda autorizado para incluir cláusulas de prórroga de jurisdicción y de renuncia a oponer la defensa de inmunidad soberana, en los mismos términos que el art. 9° de la Ley 27.249. El mismo tipo de disposición se encuentra en el art. 1° del Decreto 29/2017, con el agregado de las jurisdicciones específicas: “...incluir cláusulas que establezcan la prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales estatales y federales ubicados en la Ciudad de Nueva York -Estados Unidos de América-, y/o de los tribunales ubicados en la Ciudad de Londres -Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte-, y que dispongan la renuncia a oponer la defensa de inmunidad soberana...” Otro Decreto similar, el n° 231/2017, autoriza estas mismas cláusulas con relación a la Confederación Suiza.

Si bien es innegable que los mercados internacionales estipulan ciertas condiciones para una oferta exitosa de deuda pública, se debería sopesar el riesgo a futuro de incluir cláusulas tan generosas en materia de solución de controversias. Los vaivenes cíclicos de la economía argentina pueden provocar nuevas cesaciones o reprogramaciones de pagos, que inevitablemente derivarán en un sinnúmero de demandas contra nuestro país y un prolongado trajinar por los tribunales extranjeros.

3.2 LA PROTECCIÓN DE LOS ACTIVOS ARGENTINOS EN EL EXTERIOR

Los mecanismos antes descriptos fueron utilizados en forma masiva para autorizar el juzgamiento de nuestro país en el extranjero. Sin embargo, esta cesión del poder decisorio a otras jurisdicciones no autorizó el acceso de los litigantes y acreedores al patrimonio del país. Es decir, no se hizo una renuncia a la inmunidad de ejecución, complemento necesario de la defensa procesal.

Como fuera señalado en otra oportunidad, la experiencia argentina y la sumatoria de causas judiciales ante tribunales extranjeros derivaron

en un aumento progresivo del listado de bienes protegidos.⁹² Esta situación debe entenderse como un aprendizaje casuístico, ya que ante los avances de los acreedores y los pedidos de ejecución respecto de diferentes categorías de bienes, Argentina fue reaccionando en las nuevas normas de emisión de bonos.

Como referencia reciente, el Decreto 594/2016 dispuso específicamente la defensa de ejecución con relación a los siguientes bienes: “a) Cualquier reserva del Banco Central de la República Argentina; b) Cualquier bien perteneciente al dominio público localizado en el territorio de la República Argentina, incluyendo los comprendidos por los Artículos 234 y 235 del Código Civil y Comercial de la Nación; c) Cualquier bien localizado dentro o fuera del territorio argentino que preste un servicio público esencial; d) Cualquier bien (sea en la forma de efectivo, depósitos bancarios, valores, obligaciones de terceros o cualquier otro medio de pago) de la República Argentina, sus agencias gubernamentales y otras entidades gubernamentales relacionadas con la ejecución del presupuesto, dentro del alcance de los Artículos 165 a 170 de la Ley N° 11.672, Complementaria Permanente de Presupuesto (t.o. 2014); e) Cualquier bien alcanzado por los privilegios e inmunidades de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, incluyendo, pero no limitándose a bienes, establecimientos y cuentas de las misiones argentinas; f) Cualquier bien utilizado por una misión diplomática, gubernamental o consular de la República Argentina; g) Impuestos y/o regalías adeudadas a la República Argentina y los derechos de la República Argentina para recaudar impuestos y/o regalías; h) Cualquier bien de carácter militar o bajo el control de una autoridad militar o agencia de defensa de la República Argentina; i) Cualquier bien que forme parte de la herencia cultural de la República Argentina; y j) Los bienes protegidos por cualquier ley de inmunidad soberana que resulte aplicable.” Esta misma enumeración se incluyó en el art. 9° de la Ley 27.249.

Frente a este tipo de enumeraciones hay al menos dos planteos que pueden hacerse. Primero, si ese listado es enunciativo o taxativo. Y segundo, si es obligatorio para un juez extranjero que reciba un pedido de afectación de los bienes argentinos ubicados en su territorio. Con relación a la primera cuestión, entendemos que se trata de una simple enunciación, ya que la legislación argentina sólo detalla las principales

⁹² LABORÍAS, Alexis Rodrigo. “El canje de deuda...” *cit.*

categorías de activos que pueden encontrarse en el extranjero, pero que se podría ampliar a otros bienes no mencionados, siempre que se encuentren afectados a cumplir una función soberana del Estado, o que no sean destinados a una actividad de naturaleza comercial no oficial. El segundo planteo posee dos aristas diferenciadas, ya que entendemos que esta enumeración no es obligatoria para el juez, que puede desconocerla basada en reglas de orden público de su derecho interno, pero sí lo es para el particular reclamante, que conoció esta limitación al adquirir los bienes ofrecidos por Argentina, de ahí que no podría requerir su afectación, en aplicación del principio *venire contra factum proprio non valet*. Como principio general se puede indicar que el alcance exacto de los bienes argentinos que pueden quedar protegidos en un territorio extranjero dependerá de las normas del país del foro y de la forma en que sus autoridades apliquen las reglas internacionales en materia de inmunidad.

Ahora bien, de acuerdo con la práctica de la mayoría de los Estados, existe una notable cautela para admitir medidas de ejecución contra el patrimonio estatal extranjero. Si bien no puede decirse que sea una práctica absolutamente prohibida, los antecedentes internacionales señalan que esta práctica es limitada. Nuestra propia Corte Suprema lo advirtió en la ya comentada causa “Blasson”, al señalar que eran “minoritarios y escasos” los juicios en los cuales se admitió la ejecución de propiedad estatal extranjera.

Un caso de gran interés que ilustra lo antedicho fue el litigio dirimido por Alemania e Italia frente a la Corte Internacional de Justicia.⁹³ En su primera decisión acerca del alcance de las inmunidades estatales, la Corte consideró que la concreción de una medida de ejecución podría proceder cuando se diera, al menos, una condición: que la propiedad en cuestión fuera utilizada para una actividad que no persiga propósitos oficiales no comerciales; o que el propio Estado hubiera prestado su consentimiento a la medida; o que haya destinado esos activos a la satisfacción de un reclamo judicial. Para la Corte, esas tres alternativas constituían una práctica bien establecida, citando precedentes de Alemania, Suiza, Reino Unido y España. Estas opciones fueron codificadas en el art. 19 de la Convención de la ONU del año 2004, si bien la Corte dejó en claro que, para los fines del litigio específico,

⁹³ “Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)”, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99.

no era necesario determinar si todo ese artículo reflejaba el derecho consuetudinario.

Por supuesto, la defensa de inmunidad de ejecución no debe ser vista como infranqueable, y es actualmente objeto de estudios, regulaciones y proyectos de enmienda que, en futuros años, puede arrojar como resultado una flexibilización, tendiente a satisfacer los intereses de los acreedores de un Estado.

4. REFLEXIONES FINALES

La inmunidad de jurisdicción, como defensa procesal de origen y vigencia consuetudinaria internacional, se desarrolló y cristalizó de conformidad con los intereses de la comunidad internacional en general, y de los Estados en particular.

A su modo, Argentina fue acompañando esta evolución, frente a los litigios incoados contra sujetos internacionales en sus tribunales. Es interesante destacar que desde el siglo XIX y hasta 1950 nuestros jueces aplicaron esta regla en forma directa, sin necesidad de una legislación interna que la contemplara. Es decir, resolvieron los litigios "...del modo que una corte de justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes."

La primera legislación fue taxativa al estipular que se requeriría el consentimiento del Estado extranjero para que pudiera proceder una demanda en su contra, respetando la soberanía del demandado y, al mismo tiempo, dejando en evidencia que esta regla nunca puede ser identificada como "absoluta", al ser un derecho renunciable por el beneficiario. Años después, las exigencias de la vida internacional llevaron a nuestro país a introducir una excepción al consentimiento, basada en la reciprocidad. Posteriores interpretaciones de esta norma por parte de algunos tribunales de Primera Instancia y Apelaciones determinaron que sólo los actos soberanos o ejercidos en carácter *iure imperii* podían ser beneficiados con la defensa, mientras que la actividad de gestión o comercial debía ser analizada como si el demandado fuera un particular más en el foro local. Sin embargo la Corte Suprema sostuvo la interpretación estricta del pedido de conformidad hasta el año 1993 inclusive.

Fue en 1994 cuando se produjo la primera fractura de esta posición clásica, mediante un decisorio que analizó la costumbre internacional en forma detallada, admitiendo que había cambiado desde el siglo XIX hasta la fecha. Nuevamente, el derecho de gentes determinó la forma de proceder de los jueces. La Ley 24.488, sancionada un año después, completó esta

evolución y dio paso a una etapa que se adecuaba a la situación actual de la comunidad internacional.

Con su escasez de palabras, que dejan un margen amplio de apreciación al juzgador, la Ley 24.488 sigue rigiendo las demandas contra Estados extranjeros, no muy cuantiosas en nuestro quehacer judicial, aunque siempre interesantes para su estudio. Esto no implica que se haya dejado de lado a la costumbre internacional, ya que sigue vigente y resulta plenamente aplicable en el derecho interno argentino. Es justamente con relación a la inmunidad de ejecución en la que se pone en evidencia esta última afirmación. Esta defensa tuvo una evolución más limitada, ya que sólo empezó a ser debatida y aplicada una vez que la jurisdicción de los tribunales nacionales fue habilitada en diversas controversias. Es posible que en esta esfera los cambios se produzcan en forma más pausada, ya que, como fue expresado en innumerables ocasiones, resulta una situación delicada afectar la propiedad de un Estado, desposeyéndolo de sus bienes. Por el momento, resulta dificultoso encontrar un punto de equilibrio, a modo de regla general, entre el interés de un particular de cobrar una acreencia y la potestad del Estado de determinar la forma de cancelación de sus deudas. Por lógica, esta dificultad abarca tanto al Estado extranjero como al propio Estado Nacional.

Con relación a la prórroga de jurisdicción en un tribunal extranjero y la renuncia a la inmunidad soberana, en las últimas cinco décadas se consolidó como una práctica habitual, justificada por las condiciones del mercado internacional de capitales. La posición argentina no tuvo modificaciones significativas luego del *default* de la deuda de los años 2001 y 2002 y los consiguientes juicios de los tenedores de deuda pública. Tal como fueron detalladas, las sucesivas normas que reglamentaron los canjes de la deuda dispusieron el pago de las obligaciones vencidas a través de la emisión de nuevos títulos públicos, que también incluyeron cláusulas de prórroga y renuncia. Un verdadero círculo vicioso, que a pesar de las advertencias, el Estado argentino sigue transitando una y otra vez. El único punto en el cual se aprecia una evolución y aprendizaje de nuestro país es con relación al listado de bienes que no son susceptibles de medidas de ejecución. Es discutible si esta enunciación es obligatoria para el juez extranjero, pero al menos implica una manifestación expresa de voluntad, que pone un límite a la equiparación automática entre un Estado litigante y un particular.

El marco normativo y jurisprudencial de Argentina, descripto en las páginas anteriores, deja al descubierto un área clave para futuros desarrollos: la inmunidad de ejecución. En particular, creemos que deberá

ser de especial atención los modos de hacer efectivas en nuestro país las decisiones judiciales contra Estados extranjeros, sin que esto implique la afectación de los bienes destinados a actividades oficiales no comerciales. Cualquiera que sea la solución que se adopte, se debería prestar especial atención a que los bienes argentinos en el exterior no sufran algún tipo de afectación, por cuestiones de reciprocidad, teniendo presente la apertura jurisdiccional de nuestro país en materia de deuda externa.

CAPÍTULO 4

LAS MEDIDAS COERCITIVAS Y DE EJECUCIÓN CONTRA ESTADO EXTRANJERO. UNA APROXIMACION DESDE LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS Y SUS BIENES DE 2004

Luis Fernando Castillo Argañarás

1. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Las demandas contra un Estado ante los tribunales nacionales de otro Estado es uno de los temas candente en el Derecho Internacional de nuestros días. En ese sentido, surge la inmunidad de un Estado o “la imposibilidad en que se encuentra el tribunal de un Estado para decidir un litigio en que figure como demandado un Estado Extranjero”¹. En ese orden de ideas, Cassese señala que “un Estado no puede ejercer sus poderes soberanos sobre, o interferir con, acciones legalmente realizadas por Estados extranjeros en su territorio”²; y agrega que “esta incapacidad legal se deriva del principio general que impone el respeto por la independencia y la dignidad de los Estados extranjeros (*par in par non habet imperium*, es decir, iguales no tienen jurisdicción sobre otro).³ Carlos Calvo en el siglo XIX consideraba que el principio de igualdad soberana de los Estados “admitido por todos los publicistas, conduce a consecuencias de gran importancia en la esfera del derecho internacional”⁴.

Peter Malanczuk considera que “en el derecho internacional, la inmunidad estatal se refiere a la norma legal y los principios que determinan las condiciones bajo las cuales un Estado extranjero puede reclamar

¹ PASTOR RIDRUEJO, José A. (1994), *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Quinta Edición. Ed. Tecnos. Madrid, p. 557.

² CASSESE, Antonio (2004), *International Law*, Oxford University Press, Great Britain, p. 91.

³ *Ibíd.*

⁴ CALVO, Carlos (1868), *Derecho Internacional. Teórico y Práctico*. Durand et Pedone - Lauriel. Paris, p. 197.

la libertad de la jurisdicción (de los poderes legislativo, judicial y administrativo) de otro Estado (a menudo llamado el "Estado del foro")⁵.

Para Oriol Casanovas y La Rosa "el concepto de 'inmunidad' puede expresarse en los términos de una relación jurídica. La 'inmunidad' es un derecho que tiene alguien (persona o Estado) frente a otro (autoridad o Estado) que 'no puede' ejercer su poder. La inmunidad significa la falta de poder o la necesidad de no ejercerlo o suspenderlo en determinados casos"⁶. El autor citado previamente señala que "en el orden internacional y en relación con los Estados extranjeros, la inmunidad presenta dos modalidades: la *inmunidad de jurisdicción*, en virtud del cual el Estado extranjero no puede ser demandado ni sometido a juicio ante los tribunales de otros Estados, y la *inmunidad de ejecución*, en virtud de la cual el Estado extranjero y sus bienes no pueden ser objeto de medidas coercitivas, o de aplicación de las decisiones judiciales y administrativas, por los órganos del Estado territorial"⁷.

Alejandro Consigli puntualiza que "la inmunidad de jurisdicción y de la ejecución del Estado, son cuestiones candentes en Argentina, debido a en buena medida a intereses que se proyectan en el tiempo, ligados a los reclamos de los bonistas que no entraron en el canje de la deuda soberana no honrada por Argentina a partir del año 2002, y a situaciones coyunturales suscitadas a partir de esas demandas"⁸. Argentina sancionó en el año 1995 la ley 24. 488 de *Inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos*⁹. El problema de esta ley es que no regula las medidas coercitivas ni de ejecución contra Estado extranjero. En ese sentido, cobra importancia la Convención de Naciones Unidas

⁵ MALANCZUK, Peter (1997), *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge. London, p.119.

⁶ CASANOVAS y LA ROSA, Oriol (2010), "La Inmunidad de Estado" en DIEZ DE VELASCO, Manuel, (2010), *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Editorial Tecnos. Madrid, p. 314.

⁷ *Ibidem*.

⁸ CONSIGLI, Alejandro J (2014), "Nuevas Perspectivas de la Inmunidad de Estado" en REY CARO, Ernesto y RODRIGUEZ DE TABORDA, María Cristina, *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clement*. Advocatus. Córdoba. Argentina, p. 226.

⁹ Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/22523/norma.htm> (última consulta 15/5/2018).

sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes¹⁰, “pese a que este tratado no ha entrado en vigor todavía, constituye el marco jurídico internacional de referencia en materia de inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado”¹¹. Así, el objetivo de este capítulo es analizar la regulación de la inmunidad de ejecución y de las medidas coercitivas contra un Estado extranjero en la Convención de Naciones Unidas de 2004.

2. LA INMUNIDAD DE ESTADO Y SU TRATAMIENTO EN LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

La tarea de codificar el tema de inmunidad de Estado comenzó en la Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI) dependiente de la Asamblea General (AG) de la ONU. Jaume Ferrer Lloret ha señalado que “la práctica más reciente prueba que el Derecho Internacional, todavía puede ofrecer resultados que merecen una valoración de conjunto moderadamente positiva”¹². Evidencia de lo manifestado por el jurista antes citado es que la CDI decidió en su 30º período de sesiones en 1978 incluir en su agenda de trabajo el tema “inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes” por recomendación del Grupo de Trabajo que había creado para que iniciara la labor en esta materia y en cumplimiento de la Resolución 32/151 de Asamblea General del 19 de diciembre de 1977¹³.

¹⁰ Adoptada el 2 de diciembre de 2004 por Asamblea General de la ONU por Resolución 59/38. La Convención fue abierta a la firma el 17 de enero de 2005. Aún no vigente (30/6/2018). De acuerdo al Art. 30 se establece que entrará en vigor a los treinta días de recibido el instrumento número treinta de ratificación, adhesión, aceptación, aprobación o accesión. Solo fue ratificada por Austria, República Checa, Guinea Ecuatorial, Finlandia, Francia, República Islámica de Irán, Iraq, Italia, Japón, Kazakhstan, Latvia, Líbano; Liechtenstein, México, Noruega, Portugal, Rumania, Arabia Saudita, Eslovaquia, Suecia, Suiza. Información disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en (última consulta 30/6/2018).

¹¹ CONSIGLI, Alejandro J (2014), ob. cit., p. 226.

¹² FERRER LLORET, Jaume (2007), “La Inmunidad de Ejecución en la Convención de 2004. Un Análisis desde la Práctica de España” en A.E.D.I., Vol. XXIII, p. 3.

¹³ Ver NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Comisión de Derecho Internacional. (1978) Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1978. Vol. II (segunda parte), pp. 149 a 152.

El primer Relator Especial fue Sompol Sucharitkul y en el 39º período de sesiones en 1987, la CDI designó como nuevo Relator Especial del tema al Sr. Motoo Ogiso.¹⁴ Luego de los informes del Relator Especial y de los comentarios y observaciones de los gobiernos, la CDI acordó remitir la cuestión al Comité de Redacción.

El Comité de Redacción inició su trabajo sobre la base de la segunda lectura del proyecto de artículos en el 42º período de sesiones y lo finalizó en el 43º período de sesiones.¹⁵ El informe del Comité de Redacción fue presentado por su Presidente y examinado en las sesiones 2218º a 2221º, celebradas entre el 4 y 7 de junio de 1991, junto con el informe del Comité de Redacción sobre su labor en el anterior período de sesiones que había sido presentado oralmente por el anterior Presidente del Comité de Redacción.¹⁶ En base a estos informes la CDI aprobó el texto final de 22 artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. De acuerdo a su Estatuto la CDI lo presentó a la Asamblea General¹⁷.

Luego comienza una etapa del proceso codificador que Ferrer Llobet denomina “fase intergubernamental”¹⁸ debido a que se ha “desarrollado en el seno de la AG y ha sido protagonizada por los representantes de los Gobiernos en la Sexta Comisión de la misma”¹⁹; pero “el que se califique de ‘fase intergubernamental’ a la etapa del proceso codificador que va de 1992 a 2004, por las razones antedichas, no debe hacer olvidar que los trabajos llevados a cabo por la CDI entre 1977 y 1991 se han desarrollado en estrecha colaboración con los Gobiernos de los Estados miembros de las UN, a los que el órgano codificador ha solicitado observaciones por escrito y cuyas opiniones manifestadas en el seno de la Sexta Comisión

¹⁴ Ver NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Comisión de Derecho Internacional. (1988), Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1988. Vol. II (primera parte), p. 101, documento A/CN.4/415.

¹⁵ Ver NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Comisión de Derecho Internacional. (1991) Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1991. Vol. I.

¹⁶ Ver NACIONES UNIDAS (1991) *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º período de sesiones* (29 de abril - 19 de julio de 1991). Doc. A/46/10, p. 12.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ FERRER LLORET, Jaume (2007), *ob. cit.*, p. 4.

¹⁹ *Ibidem*.

con motivo de los informes presentados anualmente por la CDI, han sido tenidos muy en cuenta por el organismo subsidiario de la AG que se encarga de la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional”²⁰. Por Resolución de Asamblea General 55/150 del 12 de Diciembre de 2000 se estableció un Comité Especial donde se culminó el trabajo relativo a la inmunidad de Estado extranjero.

La Asamblea General adoptó el 2 de diciembre de 2004²¹ la *Convención de Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes* y abierta a la firma el 17 de enero de 2005.

3. LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS Y LAS MEDIDAS COERCITIVAS Y DE EJECUCIÓN CONTRA UN ESTADO EXTRANJERO

La Convención consta de un Preámbulo, Seis Partes y un anexo que conforme al Art. 25 “constituye parte integrante de ella”. Las Partes se titulan y se estructuran de la siguiente manera:

- Parte I: Introducción (Arts. 1 a 4)
- Parte II: Principios Generales (Arts. 5 a 9)
- Parte III: Procesos en que la inmunidad de Estado no se puede hacer valer (Arts. 10 a 17)
- Parte IV: Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas adoptadas en relación con un proceso ante un tribunal (Arts. 18 a 21)
- Parte V: Disposiciones diversas (Arts. 22 a 24)
- Parte VI: Clausulas finales (Arts. 25 a 33)
- Anexo de la Convención: Entendimiento con respecto a algunas disposiciones de la Convención.

Mariana Herz considera que “la adopción de un texto convencional definitivo no fue tarea sencilla habida cuenta de las diferentes posiciones de los Estados Miembros. Los países del ex bloque soviético, China y gran parte de los países en vías de desarrollo recelaban de la incorporación de la tesis de la inmunidad restringida en un texto convencional ya que

²⁰ Ibídem.

²¹ NACIONES UNIDAS, Resolución de Asamblea General 59/38 del 2/12/2004.

la visualizaban como un avance de los países industrializados occidentales por sobre su soberanía”²². En ese orden de ideas, con este instrumento jurídico internacional “se pretende codificar y-en su caso-desarrollar progresivamente el DI en vigor”²³.

La Convención regula, como se señaló arriba, en la Parte IV (Arts. 18 a 21) la cuestión relativa a las medidas coercitivas y de ejecución contra Estado extranjero.

El principio básico se encuentra en el Art.20 que señala que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no implica consentimiento para llevar adelante medidas coercitivas²⁴.

Antonio Remiro Brotons considera que una medida coercitiva tiene una mayor incidencia en las relaciones interestatales y atenta de forma más abierta contra la soberanía del Estado extranjero y por supuesto contra su ‘dignidad’ y su ‘imagen’, determina una mayor contención al abordar la restricción de esta inmunidad”²⁵; y agrega “ilustra esta actitud el hecho de que países cuya legislación o jurisprudencia han restringido la inmunidad de jurisdicción, mantienen en cambio una inmunidad (casi) absoluta respecto de las medidas coercitivas”²⁶.

²² HERZ, Mariana (2005), “La Nueva Convención de Naciones Unidas sobre Inmunidad de Jurisdicción de los Estados y sus Bienes. Su compatibilidad con el Régimen Argentino” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. N° 10. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, p. 2.

Disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num10/articulos/nueva-convencion-naciones-unidas-sobre-inmunidad-jurisdiccion-estados-sus-bienes> (última consulta 15/5/2018)

²³ FERRER LLORET, Jaume (2007), ob. cit., p. 5.

²⁴ **Artículo 20 Efecto del consentimiento a la jurisdicción sobre las medidas coercitivas**

Cuando se requiera el consentimiento para la adopción de medidas coercitivas de conformidad con los artículos 18 y 19, el consentimiento para el ejercicio de jurisdicción en virtud del artículo 7 no implicará consentimiento para adoptar medidas coercitivas.

²⁵ BROTONS, Remiro A (2007), *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch. Valencia, p. 1043.

²⁶ *Ibidem*.

David P. Stewart señala que “la Convención utiliza el término genérico ‘medidas coercitivas’ para describir la variedad de mecanismos disponibles en la legislación nacional para hacer cumplir las resoluciones judiciales (incluido el interdicto, el embargo, el arresto, la ejecución u otras formas de medidas cautelares preliminares y finales)”²⁷. Se considera que “aunque en principio la inmunidad de ejecución tendría que ser más rigurosa que la inmunidad de jurisdicción, porque tiene más repercusión en las relaciones entre los Estados que un Estado desposea a otro de sus bienes que el hecho de dictar una sentencia”²⁸.

La Convención se sitúa en postura de inmunidad de ejecución restringida y distingue entre medidas coercitivas anteriores al fallo (Art. 18)²⁹ de aquellas medidas posteriores al fallo y tienen como objetivo ejecutar la sentencia (Art. 19)³⁰.

27 STEWART, David P. (2005) “The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property” en AJIL Vol. 99, N° 1 (Jan. 2005), p. 207.

28 CASANOVAS y LA ROSA, Oriol (2010), ob. cit., p. 328.

29 Artículo 18 Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas anteriores al fallo

No podrán adoptarse contra bienes de un Estado, en relación con un proceso ante un tribunal de otro Estado, medidas coercitivas anteriores al fallo como el embargo y la ejecución, sino en los casos y dentro de los límites siguientes:

a) cuando el Estado haya consentido expresamente en la adopción de tales medidas, en los términos indicados:

i) por acuerdo internacional;

ii) por un acuerdo de arbitraje en un contrato escrito; o

iii) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita después de haber surgido una controversia entre las partes; o

b) cuando el Estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso.

30 Artículo 19 Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas posteriores al fallo

No podrán adoptarse contra bienes de un Estado, en relación con un proceso ante un tribunal de otro Estado, medidas coercitivas posteriores al fallo como el embargo y la ejecución, sino en los casos y dentro de los límites siguientes:

La Convención como señala Herz, “no califica que se entienda por medida coercitiva y se limita a ejemplificarla con el ‘embargo y la ejecución’ razón por la cual será el derecho del juez el que determine su extensión”³¹.

En las medidas coercitivas previas del artículo 18 solo pueden llevarse adelante en los supuestos de consentimiento expreso por parte del Estado extranjero, en los términos empleados en un “acuerdo internacional”, “acuerdo de arbitraje en un contrato escrito” o “por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita después de haber surgido una controversia entre las partes”. De la misma manera, está permitido cuando “el Estado haya asignado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso”. Por lo tanto, “en el contexto de las dificultades que presentó la negociación de este tema, los Estados partidarios de la teoría *casi* absoluta de la inmunidad de ejecución, hicieron triunfar sus tesis, ya que en definitiva, solo se permiten las medidas coercitivas anteriores al fallo, si se da el consentimiento del Estado, ya sea expreso (Art. 18 a), ya sea tácito o implícito (Art. 18 b)”³². Al respecto señala Remiro Brotóns que “de acuerdo a las reglas finalmente acordadas, la adopción y aplicación de medidas coercitivas en el procedimiento está prácticamente excluida antes del fallo, a menos que el Estado extranjero las consienta expresamente”³³.

a) cuando el Estado haya consentido expresamente en la adopción de tales medidas, en los términos indicados:

i) por acuerdo internacional;

ii) por un acuerdo de arbitraje o en un contrato escrito; o

iii) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita después de haber surgido una controversia entre las partes; o

b) cuando el Estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso; o

c) cuando se ha determinado que los bienes se utilizan específicamente o se destinan a su utilización por el Estado para fines distintos de los fines oficiales no comerciales y que se encuentran en el territorio del Estado del foro, si bien únicamente podrán tomarse medidas coercitivas posteriores al fallo contra bienes que tengan un nexo con la entidad contra la cual se ha incoado el proceso.

³¹ HERZ, Mariana (2005), ob. cit., p. 12.

³² FERRER LLORET, Jaume (2007), ob. cit., p. 17.

³³ BROTONS, Remiro A (2007), ob. cit., p. 1043.

Hay que tener presente que conforme al Art. 24 de la Convención, el Estado extranjero no está obligado a prestar caución, fianza o depósito relativo a las costas de procedimiento en que haya sido demandado, ni puede ser condenado por multas por negarse a cumplir requerimientos judiciales.

China considera que “en general, la cuestión de la inmunidad respecto de las medidas de ejecución se plantea solo después de que un tribunal nacional ha dictado sentencia en favor del demandante. En principio, no deben aplicarse medidas coercitivas contra un Estado antes del juicio. Esto impediría que los tribunales nacionales abusaran de las medidas coercitivas, causando perjuicio a los bienes del Estado extranjero”³⁴.

En lo que atañe a las medidas posteriores a la sentencia, conforme al Art. 19, ya citado anteriormente, se pueden llevar adelante, siempre que el Estado extranjero haya:

- prestado consentimiento de manera expresa en un acuerdo internacional, acuerdo de arbitraje o contrato escrito, o una declaración ante el tribunal o una comunicación escrita después de haber surgido la controversia entre las Partes
- asignado o designado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso, y estos bienes reúnen los siguientes requisitos:
 - 1) una utilización específica o destino para fines distintos de los fines oficiales no comerciales (servicio público)
 - 2) una localización en el foro; y
 - 3) un nexo (propiedad, posesión, u otro) con la entidad contra la que se ha incoado el proceso”³⁵; aunque “no necesariamente ya con el objeto de la demanda”³⁶

El gobierno de China estima que “cuando un tribunal adopta medidas coercitivas contra los bienes de un Estado demandado, se deben

³⁴ Naciones Unidas, Asamblea General, *Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes. Informe del Secretario General*, Doc. A/56/291, 14/08/2001, p. 4.

³⁵ BROTONS, Remiro A (2007) Op. Cit. Pág. 1043

³⁶ *Ibidem*.

cumplir plenamente las condiciones siguientes: a) los bienes deben estar situados en el territorio del Estado del foro; b) los bienes deben ser utilizados o estar destinados a ser utilizados específicamente por el Estado para fines que no sean un servicio público no comercial; c) los bienes deben tener una relación con la demanda objeto del proceso o con el organismo o institución contra los que se haya incoado el proceso”³⁷. En ese orden de ideas, China agrega que “la última condición tiene importancia especial, ya que es un criterio importante para para diferenciar los bienes de un Estado de los de una empresa estatal u otra entidad, y para diferenciar los bienes de las diversas empresas estatales y otras entidades”³⁸.

Por su parte, Japón estima que “las medidas coercitivas previas al fallo entrañan un riesgo de abuso ya que la decisión de imponerlas se tomará inevitablemente sin proceder a un examen de fondo de la cuestión de que se trate”³⁹.

En el Anexo de la Convención se aclaran los conceptos de “entidad” y “bienes” a los efectos del Artículo 19. Por “entidad” se designa al Estado, en tanto que persona jurídica independiente, unidad constitutiva, de un Estado Federal, subdivisión de un Estado, organismo o institución de un Estado u otra entidad que goce de personalidad jurídica independiente; y no se prejuzga ni la cuestión “del levantamiento del velo de las personas jurídicas”, situación que se refiere al supuesto en que una entidad estatal haya tergiversado intencionadamente su estado financiero o haya reducido ulteriormente sus activos para evitar atender una reclamación, ni las demás cuestiones conexas.

En relación a la expresión bienes del artículo bajo análisis, el Anexo de la Convención señala que se entenderá en un sentido más amplio que el de “propiedad” o “posesión”.

³⁷ NACIONES UNIDAS, Asamblea General, ob. cit. Doc. A/56/291, 14/08/2001, p. 5.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes. Informe del Secretario General*, Doc. A/56/291/Add. 2, 5/11/2001, p. 3.

4. BIENES PROTEGIDOS POR LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCIÓN

La Convención en su artículo 21 establece un catálogo de bienes que se encuentran amparados por la inmunidad dado que se encuentran afectados, en principio a un servicio público no comercial⁴⁰.

Siguiendo el orden de bienes que se encuentran amparados por la inmunidad del Art. 21 encontramos a las **cuentas bancarias**. Al respecto, se ha señalado que “la cuestión más delicada que se ha presentado ante los tribunales en relación con la inmunidad de ejecución es si se puede proceder contra las cuentas corrientes bancarias de Estados Extranjeros cuando dichas cuentas sean utilizadas tanto para sus funciones públicas (mantenimiento de las embajadas, sueldos para los representantes diplomáticos y funcionarios consulares, etc.), como para la realización de operaciones comerciales”⁴¹. Así, “en la práctica de los últimos años son muy frecuentes los casos en que las medidas coercitivas se dirigen contra las cuentas bancarias en el foro de la que es titular el Estado Extranjero.

⁴⁰ Artículo 21 Clases especiales de bienes

1. No se considerarán bienes utilizados o destinados a ser utilizados específicamente por el Estado para fines que no sean un servicio público no comercial conforme a lo dispuesto en el apartado c) del artículo 19:

a) los bienes, incluida cualquier cuenta bancaria, que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en el desempeño de las funciones de la misión diplomática del Estado o de sus oficinas consulares, sus misiones especiales, sus misiones ante organizaciones internacionales o sus delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales;

b) los bienes de carácter militar o los que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en el desempeño de funciones militares;

c) los bienes del banco central o de otra autoridad monetaria del Estado; d) los bienes que formen parte del patrimonio cultural del Estado, o parte de sus archivos, y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta;

e) los bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el artículo 18 y los apartados a) y b) del artículo 19.

⁴¹ CASANOVAS y LA ROSA, Oriol (2010), ob. cit., p. 329.

La dificultad en estos casos radica en determinar si sus fondos están destinados o no a una actividad comercial, especialmente cuando el titular es una Misión diplomática o una Oficina consular⁴². En ese orden de ideas, el autor que seguimos en este punto, especifica que “con carácter general cabe entender que las cuentas bancarias de las Misiones diplomáticas y de las Oficinas consulares gozan de una protección específica en virtud de las CV 1961 y 1963. Al respecto cabe invocar, en primer lugar, el fundamento funcional de los privilegios e inmunidades diplomáticas y consulares: dado que los fondos de las cuentas son necesarios para el ejercicio de las funciones de la misión o de la oficina, una medida coercitiva contra ellas supondría una violación del principio *ne impediatur legatio*”⁴³. Además, “también se puede alegar la obligación que incumbe al Estado receptor de otorgar toda clase de facilidades para el desempeño de las funciones de la Misión (CV 1961, Art. 25) y de la Oficina (CV 1963, Art. 28) y la inviolabilidad de sus archivos y documentos (Arts. 24 y 33, respectivamente). En el caso de las Misiones Diplomáticas entra además en juego la inviolabilidad de sus bienes (Art. 22)”⁴⁴.

La Convención también considera a los **bienes de carácter militar**. En la jurisprudencia internacional encontramos el caso de la Fragata ARA Libertad, buque insignia de la Armada de Argentina destinado a la instrucción militar. La fragata llegó el 1 de octubre de 2012 al puerto de Tema (República de Ghana) y fue retenida por orden judicial debido a una presentación realizada por *NML Capital Limited*⁴⁵ ante los tribunales del mencionado Estado. Con fecha 14 de noviembre Argentina presenta una solicitud de medida cautelar ante el Tribunal de Derecho del Mar con sede en Hamburgo.

El 15 de diciembre de 2012, el Tribunal dictó una sentencia en la que ordenaba la liberación inmediata e incondicional de la Fragata ARA Libertad sobre la base de la inmunidad de los buques de guerra establecida en el Art. 32 de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982

⁴² BROTONS, Remiro A (2007), ob. cit., p. 1045.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Se puede señalar que es un fondo inversor con sede en las Islas Caimán. Tenedor de 1000 millones de dólares de la deuda externa argentina. Posee a su favor una sentencia del Tribunal de Distrito de Nueva York por 284 millones aproximadamente en el año 2006.

y de acuerdo a la costumbre internacional. Los fundamentos de la sentencia pueden ser resumidos de la siguiente manera:

“Un buque de guerra es una expresión de la soberanía del Estado de su bandera (p.94). De acuerdo con el Derecho Internacional General, un buque de guerra goza de inmunidad, inclusive en aguas interiores y esto no es discutido por Ghana.

Cualquier acto que impida por medio de la fuerza que un buque de guerra cumpla con su misión y sus obligaciones es una fuente de conflicto que puede poner en peligro las relaciones de amistad entre los Estados (p. 97) y las acciones adoptadas por las autoridades ghanesas contra el ARA Libertad-un buque de guerra perteneciente a la Armada Argentina-que le impidieron cumplir con su misión y sus obligaciones, afectan a la inmunidad de la que goza ese buque bajo el Derecho Internacional General (p. 98)”⁴⁶.

En consideración a los **bienes del Banco Central o de otra Autoridad Monetaria del Estado** que contempla la Convención, en Argentina existe la Ley 26.961⁴⁷ que establece “que los Bancos Centrales extranjeros u otras autoridades monetarias extranjeras son inmunes a la jurisdicción de los Tribunales Argentinos” (Art. 1) con las excepciones que regula la misma ley⁴⁸. Se entiende “por autoridad monetaria extranjera

⁴⁶ Ver VLAHUSIC, Andrea (2014) *La Inmunidad de Ejecución del Estado: un análisis del caso de la Fragata ARA Libertad* en “El Dial.com” DC1D19. Publicado el 10/07/2014.

⁴⁷ Sancionada el 6 de agosto de 2014 y promulgada por Decreto 1300/2014 el 7 de agosto de 2014. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/230000-234999/233217/norma.htm> (última consulta realizada el 30 de agosto de 2018).

⁴⁸ Las excepciones están previstas en el Art. 1 y son:

“a) Consentimiento expreso manifestado por escrito a través de un tratado internacional, contrato, acuerdo de arbitraje o mediante declaración escrita posterior al inicio de una controversia judicial o arbitral;

b) Reconvencción basada en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la demanda principal; y;

a los organismos gubernamentales extranjeros encargados de diseñar, estudiar, ejecutar y adoptar las medidas crediticias y cambiarias necesarias para la regulación de la circulación monetaria y liquidez del mercado cambiario y financiero como así también velar por el normal funcionamiento de los pagos internos y externos de la economía, custodiando la estabilidad del valor de la moneda” (Art. 2) y “los activos de un Banco Central extranjero o una autoridad monetaria extranjera gozan de inmunidad de ejecución y/o embargo en los Tribunales Argentinos respecto a cualquier medida coercitiva que pudiera afectar a dichos activos” (Art. 2). La inmunidad “será aplicable en la misma medida en que los activos del Banco Central de la República Argentina, en su calidad de autoridad monetaria nacional, gocen de inmunidad conforme la legislación del país al cual pertenece el Banco Central extranjero o la autoridad monetaria extranjera que se trate” (Art. 3) y se faculta al Banco Central argentino a suscribir los acuerdos internacionales correspondientes “dentro del marco de su propia normativa y las atribuciones de la presente ley” (Art. 4).

Finalmente la Convención contempla a los **“bienes que formen parte del patrimonio cultural del Estado, o parte de sus archivos, y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta”**. La finalidad de esta disposición es proteger los bienes que se considera que forman parte del patrimonio cultural o de los archivos del Estado y que son propiedad del Estado⁴⁹.

5. PALABRAS FINALES

A lo largo de estas líneas analizamos la inmunidad relativa a las medidas coercitivas previas o posteriores a una sentencia contra un Estado extranjero dictada en los tribunales nacionales de otro Estado.

Principalmente se focalizó en al Convención de Naciones Unidas adoptada en 2004 y abierta a la firma en 2005. Este instrumento jurídico

c) Cuando la demanda versare sobre una actividad ajena a sus funciones propias y la jurisdicción de los Tribunales Argentinos surge del contrato invocado o del derecho internacional.”

⁴⁹ Ver NACIONES UNIDAS, (1991) Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43° período de sesiones (29 de abril - 19 de Julio de 1991). Doc. A/46/10, p. 64.

es producto de una larga labor de codificación y desarrollo progresivo en el seno de la CDI y de la Sexta Comisión de Asamblea General de la ONU.

En la República Argentina existe una laguna normativa en la Ley 24. 488 en relación a este aspecto de la inmunidad. En ese sentido la Convención puede servir como un criterio orientativo para resolver la cuestión en el ámbito interno del país.

La inmunidad de ejecución impacta en mayor medida en las relaciones internacionales que someter a un Estado extranjero ante la jurisdicción de otro Estado, debido al hecho de la desposesión a que tienden las medidas coercitivas.

La Convención no califica que entienda por medidas coercitivas y de ejecución, pero describen la variedad de mecanismos disponibles en la legislación nacional para hacer cumplir las resoluciones judiciales que van desde un embargo preventivo hasta una sentencia con autoridad de cosa juzgada.

La Convención se sitúa en postura de inmunidad de ejecución restringida y distingue entre medidas coercitivas anteriores al fallo (Art. 18) de aquellas medidas posteriores al fallo y tienen como objetivo ejecutar la sentencia (Art. 19). Así, la adopción y aplicación de medidas coercitivas en el procedimiento está prácticamente excluida antes del fallo, a menos que el Estado extranjero las consienta expresamente; mientras que las medidas posteriores a la sentencia, se pueden llevar adelante, siempre que el Estado extranjero haya prestado consentimiento de manera expresa en un acuerdo internacional, acuerdo de arbitraje o contrato escrito, o una declaración ante el tribunal o una comunicación escrita después de haber surgido la controversia entre las Partes; o bien, asignado o designado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso, y estos bienes reúnen los requisitos establecidos en la Convención.

Tanto la Convención como los trabajos preparatorios en el ámbito de la CDI y del Comité Especial establecido en el marco de la Sexta Comisión de Asamblea General de la ONU sirven en gran medida para tomar lecciones a los efectos de una mejor regulación en nuestro ordenamiento jurídico interno.

CAPÍTULO 5

LA VISIÓN ESTADOUNIDENSE DE LA INMUNIDAD DE ESTADO EXTRANJERO Y SU INCIDENCIA EN EL LITIGIO POR LA DEUDA EXTERNA ARGENTINA

Gustavo Carrizo Adris y Matías Mazzoletti

1. INTRODUCCIÓN

Las leyes que regulan las inmunidades soberanas del estado extranjero promulgadas por los diferentes estados que conforman la comunidad internacional son instrumentos legales que protegen al estado extranjero de ser demandados ante los tribunales del estado de recepción.

En principio, podemos afirmar que generalmente este tipo de legislación no es sancionada con un carácter absoluto, ya que los estados foráneos deben respetar ciertos requisitos y condiciones explicitados en las mismas, a fin de poder gozar de este derecho.

Asimismo, debemos señalar que las normas que otorgan inmunidad de jurisdicción tienen como fin garantizar cierta seguridad jurídica a los estados que se encuentran interesados en establecer relaciones con otros, especialmente en materia de inversiones económicas, a fin de que no corran grandes riesgos para ello. Asimismo, debemos destacar que además de la mencionada inmunidad de jurisdicción, los Estados extranjeros también poseen inmunidad de ejecución, la cual protege los bienes de los mismos de medidas coercitivas o de la aplicación (ejecución) de las resoluciones judiciales o incluso administrativas, tomadas por los órganos del Estado territorial donde se lleva adelante la sustanciación del litigio.

2. TEORÍAS ABSOLUTA Y RESTRICTIVA

Ahora bien, en caracteres generales existen dos teorías que regulan la aplicación de la inmunidad de jurisdicción a nivel mundial: la absoluta y la restrictiva.

La doctrina de la inmunidad absoluta sostiene que los Estados extranjeros no pueden ser obligados a someterse a la jurisdicción de las cortes de otro Estado, sin importar si el litigio o la demanda en cuestión versa sobre materia civil o comercial. Esta doctrina fue históricamente desarrollada y sostenida esencialmente por las cortes tanto británicas

como americanas, las cuales defendieron que cualquier acto llevado adelante por un Estado era considerado *iure imperii*, por lo que no podía ser sometido a juicio.

En contraposición a esa teoría, la doctrina de la inmunidad restrictiva, también conocida como relativa o restringida, reconoce la inmunidad de los Estados extranjeros de ser sometidos a cortes extranjeras, siempre y cuando los actos llevados adelante por los mismos sean de carácter público y soberano (*iure imperii*), negando la misma en los casos en que los Estados actúen como particulares, o sea realizando actuaciones de gestión (*iure gestionis*).

Esta limitación a la aplicación de la inmunidad de jurisdicción tiene como fundamento la protección de los intereses de los particulares que llevan adelante operaciones comerciales o de carácter privado con Estados o entidades de estos. Esta doctrina tuvo su origen en diferentes cortes europeas durante el transcurso del siglo XX, con excepción de Gran Bretaña, que al igual que los Estados Unidos abogó por la aplicación de la doctrina absoluta, pero que como ya veremos más adelante han virado su postura hacia la incorporación a sus diferentes normas de la doctrina relativa.

3. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

A lo largo de la historia puede observarse el desarrollo a nivel mundial de diferentes normativas nacionales que receptan estos conceptos. Así, dentro de los Estados Unidos y como antecedente de la más conocida de estas normativas *Foreign Sovereign Immunities Act* (Ley de Inmunidades Soberanas Extranjeras, en adelante FSIA), la *Alien Tort Statute*¹ (Estatuto de reclamación por agravios contra extranjeros) del año 1789.

Este estatuto le permite a cualquier extranjero presentar una acción civil contra otro o incluso contra una corporación en los tribunales federales norteamericanos por hechos ocurridos fuera del territorio de los Estados Unidos, si la comisión de tal delito configura una violación contra

¹ *Alien Tort Statute* o ATS (Estatuto de reclamación por agravios contra extranjeros) 28 U.S.C. §1350, también es denominada *Alien Tort Claims Act* o ATCA (Ley de reclamación por agravios contra extranjeros: "*The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.*")

las leyes nacionales o de un tratado específico del cual dicho estado sea signatario, resultando en que pueda ejercer jurisdicción en cualquiera de estos conflictos. Incluso esta ley ha permitido la presentación de acciones por delitos que no existían al momento de su adopción, y a conflictos relacionados con daños al medio ambiente y la violación de derechos de trabajadores.²

Por otro lado, y más allá de la normativa sancionada por los diferentes Estados, alguna de las cuales analizaremos más adelante, a nivel internacional existe un gran número de acuerdos internacionales sobre la materia en cuestión, algunos de ellos anteriores y otros posteriores a la FSIA, los cuales fueron dando forma al panorama mundial.

Algunos de estos instrumentos son:

- 1) “Convención internacional para la unificación de ciertas normas relativas a la inmunidad de los buques pertenecientes a Estados”, firmado en la ciudad de Bruselas en el año 1926 y su Protocolo adicional de 1934. Esta es una convención de carácter general que se aplica sólo a los Estados que la han ratificado, la cual otorga inmunidad a los buques propiedad de un Estado o en su defecto, que esté siendo explotado por el mismo, siempre y cuando se encuentre siendo utilizado con un fin oficial y no con una comercial.
- 2) “Convención de Ginebra sobre el derecho del mar” del año 1958. Esta convención guarda una evidente relación con la descripta anteriormente, teniendo como fin su aplicación en el mar territorial y la zona contigua, incluyendo en su articulado inmunidades sobre los buques de guerra, así como también los buques propiedad del Estado y destinados a un servicio sin fines comerciales, en ciertas circunstancias.
- 3) “Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas” del año 1961. Este instrumento otorga ciertas inmunidades a los bienes propiedad del Estado que sean utilizados en las diferentes misiones diplomáticas establecidas por tal estado extranjero.

² SEIBERT-FOHR, Anja, *United States Alien Tort Statute* (2010), en “Max Planck Encyclopedia of Public International Law”, <http://www.mpepil.com>, párr. 1, citado en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina Sandra (coord.), “Lecciones de Derecho Internacional Público”, Errepar, Buenos Aires, 2015, pp. 730-732.

- 4) “Convención de Viena sobre relaciones consulares” del año 1963. De caracteres similares a la convención anteriormente descrita, pero en relación a los bienes utilizados por las misiones consulares.
- 5) “Convención sobre misiones especiales” del año 1969. Este tratado trata, entre otros asuntos y de igual manera que los anteriores, las inmunidades de los bienes utilizados por los representantes de los Estados en las misiones especiales establecidas por estos.
- 6) “Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal” del año 1975. Este instrumento regula las inmunidades otorgadas al patrimonio de los Estados en relación a los locales, oficinas o misiones de las diferentes representaciones de los mismos en las organizaciones internacionales de las cuales forman parte.
- 7) “Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes” del año 2004. La convención más reciente a nivel internacional se basa en el proyecto elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (más conocido por las siglas CDI) y hasta la fecha no ha entregado en vigor, toda vez que necesita treinta estados contratantes y hasta la fecha sólo cuenta con dieciséis.

Sin perjuicio de que no puede aplicarse todavía por no encontrarse en vigor, debe destacarse que este instrumento es quizás uno de los más completos sobre las inmunidades, teniendo un lenguaje sencillo y de fácil entendimiento y aplicación a los futuros casos que se someterán a la misma. Esta se aplica a la inmunidad de jurisdicción de los bienes de un Estado, y este en sí, ante los tribunales de otro Estado, no afectando ninguna convención existente sobre privilegios e inmunidades diplomáticas o consulares, así como tampoco las inmunidades aplicables a los Jefes de Estado de acuerdo al Derecho Internacional.

Así vemos como el art. 5 de esta Convención estipula que “todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado, según lo dispuesto en la presente Convención”. Sin embargo, esta protección no es absoluta, ya que esta Convención contiene una serie de excepciones en su articulado, específicamente en los arts. 7 a 9. En el primero de ellos, se menciona como excepción la prestación de consentimiento expreso al ejercicio de jurisdicción por parte de un Estado para ser sometido ante los tribunales de otro estado, ya sea si ello es por medio de un acuerdo internacional, un contrato escrito o una declaración ante el tribunal. Por otro lado, el artículo 8 sostiene que ningún Estado

podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción si él mismo ha incoado ese proceso o si ha intervenido en ese proceso o ha realizado cualquier otro acto en relación con el fondo. Finalmente, el artículo 9 establece que los Estados tampoco podrán ejercer su prerrogativa de inmunidad en el caso en que haya presentado una reconvencción en el proceso iniciado en otro Estado.

Asimismo, esta Convención establece los procesos en los cuales los Estados no podrán hacer valer la inmunidad de jurisdicción, siendo los mismos: transacciones mercantiles (art. 10), contratos de trabajo (art. 11), lesiones a las personas y daños a los bienes (art. 12), propiedad, posesión y uso de bienes (art. 13), propiedad intelectual e industrial (art. 14), participación en sociedades u otras colectividades (art. 15), buques de propiedad de un Estado o explotados por un Estado (art. 16), convenio arbitral (art. 17).

Por otro lado, esta Convención, en su Parte IV (arts. 18 y 19), regula todo lo relativo a las medidas coercitivas adoptadas en relación con un proceso ante un tribunal y las diferentes inmunidades de ejecución de los bienes de los Estados, haciendo una distinción entre medidas coercitivas anteriores a la resolución del litigio y las posteriores al mismo. Para ambas medidas, la Convención establece que no podrán tomarse medidas de carácter coercitivo contra los bienes de un Estado, excepto que el mismo hubiere consentido expresamente en la adopción de tales medidas (en los términos indicados por un acuerdo internacional, por un acuerdo de arbitraje o en un contrato escrito o por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita después de haber surgido una controversia entre las partes) o cuando el Estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso (tanto el art. 18 como el 19, ambos en sus respectivos puntos a) y b)). Asimismo, en el caso de las medidas posteriores al fallo del tribunal, el art. 19 c) establece que se podrán imponer las mismas cuando se haya determinado que los bienes fueron utilizados o destinada su utilización por el Estado para fines distintos de los fines oficiales no comerciales y que se encuentran en el territorio del Estado del foro, si bien únicamente podrán tomarse medidas contra bienes que tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso. Debe destacarse que el art. 20 de esta Convención establece que el consentimiento prestado por el Estado para ser sometido a un litigio en un tribunal de un Estado extranjero no implica consentimiento para ser sometido a las medidas coercitivas descriptas anteriormente.

Sin embargo, debe señalarse que uno de los instrumentos internacionales más relevantes y que logró un avance hacia la adopción

de la doctrina restringida fue la “Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados”, firmada el 16 de mayo de 1972, en la ciudad de Basilea, Suiza, entrando en vigor en el año 1976.

Esta convención, pese a no haber tenido gran éxito al momento de lograr el compromiso de los Estados para su incorporación a esta -habiendo logrado que sólo ocho lo hicieran- intentó adoptar una solución que se ajustara a las disímiles normativas y posturas de los diferentes estados europeos, algunos de los cuales se regían por la doctrina absoluta, mientras que los otros lo hacían por la restringida, receptando la segunda de estas teorías.

Esta Convención, más allá de las críticas recibidas debido a la complejidad de los conceptos incluidos en el articulado de la misma, sirvió de base para la creación de nuevas legislaciones, tanto en el ámbito europeo como en el resto de la comunidad internacional, siendo la descrita “Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes” un fiel ejemplo de ello.

Asimismo, uno de los ejemplos más notorios de ello fue Gran Bretaña -uno de los estados parte de esta convención-, quien en el año 1978 sancionó la *State Immunity Act*³, la cual se basa en la Convención de mención, sin reproducir exactamente el contenido de esta, pero siendo bastante similar.

Esta normativa, que entró en vigor el 22 de noviembre del citado año, estuvo precedida por una serie de fallos del *Judicial Committee of the Privy Council* y la *Court of Appeal*, dio por tierra con la doctrina de la inmunidad absoluta de los Estados extranjeros en el Reino Unido, adhiriendo a la doctrina restrictiva, ya que al igual que la FSIA, determinaba como regla general la inmunidad de los Estados extranjeros para ser sometido, en esta caso a las cortes del Reino Unido, a menos que dichos Estados incurrieran en algunas de las excepciones contenidas en dicha normativa. Algunas de tales excepciones, son la renuncia a la inmunidad soberana por parte del Estado, la sumisión del mismo a la competencia de los tribunales británicos, si el mismo ha sido quien inició el proceso judicial, etc.

En EE.UU, sin perjuicio de la *Alien Tort Statute*, la Corte Suprema de los EE.UU. (USSC) fue la que cambió el panorama legal de la interpretación de la inmunidad soberana de los estados en varios de sus fallos,

³U.K. *State Immunity Act* 1978. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33>.

pero ninguno de tanta relevancia como *The Schooner Exchange v. McFaddon*⁴.

Este litigio tuvo como origen lo ocurrido a dos ciudadanos estadounidenses, quienes habían sufrido el embargo de una goleta por orden del en ese momento, emperador francés, Napoleón. Tiempo después, dicha nave partió hacia los EE.UU., por lo que, al arribar allí, sus propietarios originales presentaron una demanda con el objeto de recuperar la misma. Dicho litigio fue resuelto por la citada corte de justicia, señalando que la goleta se encontraba al servicio del emperador de Francia y siendo que dicha nación y los EE.UU. mantenían relaciones pacíficas, este había otorgado permiso para que dicha nave ingresara a sus puertos, por lo que se entendía que la misma no se encontraba bajo la jurisdicción de los Estados Unidos, gozando de esta manera de inmunidad soberana.

En su voto en esta sentencia, el *Justice* John Marshall manifestó que las cortes estadounidenses no eran competentes en este litigio, basando dicha decisión en las nociones de independencia e igualdad de los Estados soberanos, así como también en la cortesía internacional, la cual ya fuera destacada en numerosos precedentes del cimero tribunal. Es así como este magistrado en su voto expresó que “dado que el mundo está compuesto de soberanías distintas, que poseen iguales derechos e igual independencia, y a cuyo beneficio mutuo contribuyen las relaciones que mantienen entre sí y el intercambio de los buenos oficios que la humanidad dicta y sus necesidades requieren, todos los soberanos han aceptado en la práctica y en determinadas circunstancias, una limitación de la jurisdicción absoluta y completa que les confiere la soberanía dentro de sus respectivos territorios”⁵.

Debemos recordar que, de acuerdo al sistema legal del *Common Law* vigente en los Estados Unidos, dicha resolución tiene efecto vinculante para pleitos de iguales o similares características, por lo que podemos observar una firme postura de la opinión de la corte hacia la doctrina absoluta.

Sin perjuicio de que los litigios en los cuales se discutía la aplicación de la inmunidad jurisdiccional a los estados extranjeros eran, obviamente, resueltos por los tribunales, especialmente por la USSC, las mismas no actuaban de forma completamente independiente, ya que previo a emitir

⁴ *The Schooner Exch. v. McFaddon*, 11 U.S. 116, 3 L. Ed. 287, 1812 U.S. LEXIS 377, 7 Cranch 116 (U.S. Mar. 2, 1812).

⁵ Ibid. ant.

sus fallos, el Departamento de Estado, parte del Poder Ejecutivo Federal, remitía una comunicación formal de que tal estado extranjero tenía derecho a la inmunidad soberana, obligando de tal manera a estas a descartar el reclamo, ello a fin de no entorpecer o interferir en las funciones y negociaciones diplomáticas de dicho Departamento⁶.

Esta postura de elección de la doctrina absoluta de las inmunidades jurisdiccionales se mantuvo casi incólume hasta el año 1952, cuando no la Suprema Corte sino el Poder Ejecutivo, recomendó un cambio de aproximación hacia la temática en análisis, mediante la que fue conocida como la Carta Tate⁷. Dicho documento fue confeccionado por un funcionario del Departamento de Estado, el consejero legal Jack Bernard Tate, quien la dirigió al Procurador General, Philip Benjamin Perlman, el 19 de mayo de 1952, advirtiendo al mismo de la necesidad de cambiar la adopción de la doctrina absoluta a la restrictiva por parte de los EE.UU., toda vez que los diferentes foros mundiales se encontraban virando hacia dicha doctrina, así como también porque resultaría en beneficios hacia dicho estado, atento la cada vez mayor presencia de empresas estatales en el comercio mundial. Sin perjuicio de ello, es dable destacar que hubo otras razones que impulsaron a los Estados Unidos a cambiar hacia la doctrina restrictiva, siendo una de las principales que la Unión Soviética era ferviente defensora de la aplicación de la doctrina absoluta, mientras que también podemos señalar que de esta manera buscaban asimismo obtener reciprocidad de parte de los diferentes estados de la comunidad internacional, especialmente porque fue uno de los primeros países en señalar que se sometería voluntariamente a una jurisdicción extranjera a fin de resolver conflictos originados por el comercio.

Esto permitió que los jueces fueran lentamente obteniendo discrecionalidad para resolver libremente cada litigio planteado ante las cortes, sin depender de los compromisos estatales adoptados; pero sin embargo, este cambio sustancial en la política de estado no estuvo exento de errores o inconsistencias de aplicación, ya que la “Carta Tate” y las diferentes resoluciones del Ejecutivo federal que la acompañaron, no prescindieron

⁶ BERGER, James E., SUN, Charlene, *Sovereign Immunity: A Venerable Concept in Transition?*, American Bar Association, “International Litigation Quarterly”, Vol. 27, N° 2, Winter/Spring 2011, p. 1.

⁷ *Tate Letter* en “Jack B. Tate, Acting Legal Adviser, U.S. Dept. of State, to Acting U.S. Attorney General Philip B. Perlman (May 19, 1952), reprinted in 26 Dept. State Bull. 984-85 (1952)”.

del envío de las citadas comunicaciones formales en las cuales se hacía saber a las cortes de la aplicación de la inmunidad soberana a ciertos estados, sin ningún estándar o explicación coherentes, ni tampoco proveyeron pautas que permitieran diferenciar o definir qué actos eran soberanos y que actos eran de gestión, lo cual no permitía que las cortes tuvieran un lineamiento firme para decidir en los litigios en los cuales el Ejecutivo no emitía comunicación formal alguna.

4. LA FOREIGN SOVEREIGN IMMUNITIES ACT (FSIA) DE 1976

A fin de salvar todas estas cuestiones, las cuales provocaron la resolución de un sinnúmero de conflictos de las más variopintas maneras, el 21 de octubre del año 1976 el Presidente Gerald Ford aprobó la *Foreign Sovereign Immunities Act* (Ley de Inmunidades Soberanas Extranjeras) o FSIA⁸, en vigencia desde el 21/01/1977.

En primer término, debemos recordar que la inmunidad de jurisdicción de los estados para ser demandados ante las cortes de otro estado es un principio indiscutible del Derecho Internacional Público. En respeto a este principio y a las numerosas opiniones que las diferentes cortes de ese estado han emitido sobre el tema, esta legislación aplica la teoría o doctrina restrictiva de la inmunidad, la cual sostiene, como ya hemos señalado anteriormente, que la inmunidad jurisdiccional debe extenderse a los estados extranjeros, pero limitándola a los actos soberanos, denominados de *iure imperii*, a diferencia de la teoría clásica o absoluta, la cual no sólo brindaba este tipo de protección, sino que consideraba que los actos de gestión de los estados, conocidos como de *iure gestionis*, también estaban amparados por esta.

Esta normativa sigue la tendencia iniciada a comienzos de la década de 1970, en la que diferentes países de Occidente modificaron su postura, tanto doctrinaria como legislativa, abandonando la aplicación de la teoría clásica o absoluta, lo cual se vio reflejado en la creación de nuevas normativas, tales como la “Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados” de 1972, la ya mencionada *State Immunity Act* sancionada por Gran Bretaña en 1978, entre otras.

Es así como el sistema legal norteamericano, respetando la teoría explicada, entendió que el alcance de la inmunidad de un estado debe ser

⁸ USC, Title 28, §§ 1330, 1332, 1391(f), 1441(d), 1602 a 1611.

determinada por el Poder Judicial, en lugar del Ejecutivo, razón por la cual el estado que fuere demandado deberá presentar su defensa, incluyendo la posibilidad de interponer la cláusula de inmunidad, ante la corte que haya recibido dicha demanda.

Por lo tanto, esta normativa vino a zanjar de una vez por todas las diferentes discusiones en materia de aplicación de la inmunidad soberana de los estados extranjeros para los litigios en los cuales se vieran envueltos los mismos, por lo que desde su sanción sería el sistema judicial quien tendría poder exclusivo de determinar la forma en la cual tanto los individuos podrían demandar a los estados soberanos o sus entidades, así como también en qué casos los mismos podrían interponer exitosamente la cláusula de inmunidad de jurisdicción.

En resumen, con esta legislación se buscó, por un lado, otorgarle mayor poder a los jueces, permitiéndole a los mismos decidir la procedencia o no de la inmunidad de los estados extranjeros, en cada caso particular, sin inferencia o participación del Poder Ejecutivo, el cual no puede emitir más recomendación alguna en relación al tema, mientras que por otro lado, se buscó delinear reglas claras para el emplazamiento a juicio de un estado extranjero, codificando además la teoría restringida, de acuerdo a las pautas establecidas por el Derecho Internacional, distinguiendo claramente entre actos públicos y privados.

4.1 JURISPRUDENCIA A PARTIR DE LA FSIA

Al igual que lo hiciera la Corte Permanente de Justicia Internacional,⁹ y la mayoría de la jurisprudencia de los tribunales extranjeros,¹⁰ y la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados¹¹,

⁹ CPIJ, *S.S. Lotus (France v. Turkey.)* 1927 P.C.I.J. (Ser. A) N° 10 (Sept. 7), disponible en

http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm.

¹⁰ Tal es el caso de Francia, Italia, el Reino Unido entre otros.

¹¹ La Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (02/12/2004) expresa en su Preámbulo “Considerando que las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes constituyen un principio generalmente aceptado en el derecho internacional consuetudinario”

el *Restatement (Third) of Foreign Relations Law* de los Estados Unidos¹² postula que la inmunidad del estado extranjero es un principio de derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, la USSC ha sostenido constantemente que la inmunidad soberana extranjera no es un principio del derecho sino una cuestión de cortesía internacional (*comitas gentium*) entre estados soberanos.¹³ En la sentencia del caso *Republic of Austria v. Altmann*,¹⁴ la Corte reconoció que la FSIA es un estatuto que codifica las normas que regulan la inmunidad,¹⁵ sin embargo, consideró que regulación legal sobre la inmunidad del estado extranjero no promete inmunidad futura sino que "refleja las realidades y relaciones políticas actuales, y tiene como objetivo dar a los estados extranjeros protección contra demandas como un gesto de cortesía".¹⁶

Con anterioridad a que los estados adoptaran el enfoque restringido de la inmunidad, los estados extranjeros generalmente gozaban de inmunidad, lo cual, en situación de cobro de deuda, en la práctica los acreedores contaban con pocos recursos para contra un estado deudor, lo cual se manifestaba en la negativa a otorgar acceso al crédito futuro, o confiar en la intervención diplomática o militar por parte del estado de origen del acreedor.¹⁷

Hubo que esperar un largo tiempo hasta contar con un fallo de la *Supreme Court* que afirmara que la FSIA era efectivamente la legislación que regulara las condiciones en las cuales los tribunales de los EE.UU eran competentes para entender en un litigio entablado contra un estado extranjero o alguna de sus entidades o empresas,¹⁸ siendo esencial para la jurisprudencia futura en relación a la cuestión en análisis.

¹² *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, pt. IV, ch.5, subch. A, intro. note (1987).

¹³ FOX, Hazel, WEBB, Philippa, *The law of state immunity*, Oxford International Law Library, 3ra ed. 2015, pp. 13 a 15.

¹⁴ *Republic of Austria v. Altmann*, 541 U.S. 677 (2004).

¹⁵ *Republic of Austria v. Altmann*, 541 U.S. 677 (2004), p. 695.

¹⁶ *Dole Food Co. v. Patrickson*, 538 U.S. 468, 479 (2003).

¹⁷ WEIDEMAIER, Mark C., *Sovereign Immunity and Sovereign Debt*, "University of Illinois Law Review", 2014, Vol 1, pp. 67, 68.

¹⁸ *Verlinden B.V. v. Central Bank of Nigeria*, 461 U.S. 480 (1983).

Pero además del precedente jurisprudencial antes citado, una serie de fallos, como los que se analizan en el presente trabajo, contribuyeron a la consolidación de la hegemonía de la FSIA en cuanto a la base legal sustancial para afirmar la competencia de los tribunales de los EE.UU., algunos de los cuales, además, dieron a nuestro Estado Argentino una demostración del poder de la citada normativa.

Siguiendo un orden cronológico, el primero de ellos fue *Hercaire Intern., Inc. v. Argentina*¹⁹.

El litigio tuvo su origen en la demanda realizada por la empresa actora, mediante la cual reclamaba a la República Argentina una deuda por la falta de pago de repuestos de aviones adquiridos por esta durante la guerra de las Islas Malvinas. El Estado Argentino contestó la demanda con una reconvencción, argumentando que los repuestos de mención habían sido abonados, pero no habían sido recibidos debido al embargo impuesto por los Estados Unidos en virtud del conflicto bélico con Gran Bretaña, dejando asimismo constancia que renunciaba a su inmunidad, sometiéndose a la jurisdicción de las cortes estadounidenses, resultando el fallo de primera instancia, emitido el veintidós de febrero de 1986, desfavorable para la República Argentina.

Ahora bien, luego de este fallo una aeronave de la empresa aerocomercial estatal “Aerolíneas Argentinas” arribó al aeropuerto de la ciudad de Miami, del Estado de Florida, ocasión que la empresa demandante aprovechó para solicitar el embargo de dicho avión a fin de ejecutar la sentencia de mención. Es así como, el 7/05/1986, la Corte de Distrito de Florida, División Miami²⁰, resolvió dar lugar a dicho embargo, considerando que al haber la República Argentina renunciado a su inmunidad al presentar la reconvencción de mención y al encontrarse la aeronave en cuestión en territorio estadounidense y siendo utilizada en una actividad comercial no tenía inmunidad de jurisdicción de acuerdo al articulado de la FSIA²¹. Asimismo, dicha Corte consideró que al momento de renunciar a su inmunidad de jurisdicción, la República Argentina había asimismo renunciado

¹⁹ *Hercaire Intern., Inc. v. Argentina*, US District Court for the Southern District of Florida-642 F. Supp. 126 (S.D. Fla. 1986). 07/05/1986.

²⁰ *Hercaire Intern., Inc. v. Argentina*, US District Court for the Southern District of Florida-642 F. Supp. 126 (S.D. Fla. 1986). 07/05/1986.

²¹ FSIA, art. 1603 (b) (1). Hazel Fox, Philippa Webb, *The law of state immunity*, Oxford International Law Library, 3ra ed. 2015, p. 251.

implícitamente a la inmunidad de ejecución, ya que no lo había especificado. Además, debemos señalar que el juez de distrito consideró aplicable al caso la doctrina del *alter ego*, la cual faculta a los diferentes tribunales estadounidenses a desconocer la personalidad jurídica de una empresa o una entidad paraestatal y considerar responsables de los actos o hechos realizados por la misma a los propietarios o accionistas de estas, cuando fueron creadas con el fin de abusar de la personalidad jurídica que la ley le otorga en perjuicio de terceros²².

Frente a este fallo, la Argentina presentó un recurso, el cual fue resuelto el 14/07/1987 por el Tribunal del Undécimo Circuito²³, la cual confirmó el fallo primigenio sobre el reclamo de fondo, en relación a la responsabilidad de la República Argentina derivada del contrato comercial con la empresa de mención, pero revocó el fallo que ordenara el embargo del avión de “Aerolíneas Argentinas”, toda vez que consideró que dicha medida coercitiva había sido injusta, ya que no fueron demostrados ninguno de los dos supuestos necesarios para negar el estatus de dicha empresa como una entidad separada del Estado Argentino, siendo los mismos la presunción de utilizar dicho medio para la comisión de un fraude o un control extensivo por parte de Argentina sobre dicha empresa.

Por otro lado, uno de los fallos más significativos de la jurisprudencia norteamericana sobre la cuestión en análisis también involucró al Estado Argentino. Este fue el fallo *Argentine Republic v. Amerada Hess*²⁴ del 23/01/1989, el cual caso tuvo su origen en la demanda iniciada en los EE.UU. por la compañía “Amerada” contra el Estado Argentino, por el ataque sufrido por uno de sus buques -el “Hércules”- por la Fuerza Aérea Argentina durante el conflicto por las Islas Malvinas con el Reino Unido. En dicho reclamo, la compañía de mención invocó la *Alien Tort Statute* -ya mencionada aquí- por considerar que dicho ataque era un delito contra

²² LÓPEZ-VELARDE ESTRADA, Rogelio, *Algunas consideraciones en materia de inmunidad soberana a la luz del derecho positivo norteamericano*, “Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana”, N° 21, pp. 293-340

²³ *Hercaire International Inc v. Argentina and Another*, United States Court of Appeals, Eleventh Circuit. 14/07/1987.

²⁴ *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428, 109 S. Ct. 683, 102 L. Ed. 2d 818, 1989 U.S. LEXIS 581, 57 U.S.L.W. 4121, 1989 AMC 501 (U.S. Jan. 23, 1989).

el Derecho de Gentes y considerando que los tribunales federales estadounidenses tenían jurisdicción para intervenir en el litigio por tratarse de una cuestión de almirantazgo, lo cual otorgaba jurisdicción universal.

En efecto, con la sanción de la FSIA por la cual el legislador estadounidense codifica las normas que regulan el área a partir del enfoque restrictivo, se establecen pautas consistentes para determinar la inmunidad del estado extranjero y la jurisdicción del juez norteamericano en estas cuestiones, la cual era, como ya se indicó, antes de la entrada en vigencia de la norma codificadora, determinada por el Departamento de Estado de manera *ad hoc*.²⁵ El estatuto establece una regla de inmunidad de jurisdicción absoluta para los estados extranjeros ante los tribunales de los EE.UU.,²⁶ contemplándose excepciones a esta regla.²⁷ De manera similar al enfoque sobre la inmunidad de jurisdicción, la FSIA establece una regla de inmunidad absoluta de la propiedad del estado extranjero contra embargo y ejecución, sujeto a excepciones.

El Tribunal del Distrito Federal resolvió desestimar el litigio iniciado por la accionante Amerada, toda vez que la FSIA disponía la inmunidad de la República Argentina por su condición de Estado extranjero y la inexistencia de las excepciones estipuladas en la mentada ley. Sin embargo, habiendo apelado la resolución la empresa de mención, la Corte de Apelaciones resolvió revocar la decisión del juez de primera instancia, estableciendo que la misma tenía jurisdicción para intervenir en el litigio en cuestión en virtud de la *Alien Tort Statute*, dado que consideró que la República Argentina había cometido un delito contra el Derecho Internacional (el ataque en aguas internacionales de un buque perteneciente a una empresa de un Estado neutral en el conflicto bélico de mención) entendiéndose que la FSIA se refería sólo a cuestiones comerciales, mientras que

²⁵ HALVERSON, Karen, *Is a Foreign State a "Person"? Does it Matter?: Personal Jurisdiction, Due Process, and the Foreign Sovereign Immunities Act*, "New York University Journal of international law and politics", Vol. 34, 2001, "A principal purpose of this bill is to transfer the determination of sovereign immunity from the executive branch to the judicial branch, thereby reducing the foreign policy implications of immunity determinations and assuring litigants that these often crucial decisions are made on purely legal grounds and under procedures that insure due process", p. 119.

²⁶ FSIA, 28 U.S.C. § 1604 (2012).

²⁷ FSIA, 28 U.S.C. §§ 1605 (2012).

la normativa aplicada otorgaba jurisdicción más allá de lo dispuesto por ella.

A la apelación interpuesta por Argentina al fallo de la Corte de Apelaciones, la USSC determinó que la FSIA era la única legislación que proveía la base para obtener la jurisdicción sobre un estado extranjero en las cortes de los Estados Unidos, reafirmando de esta manera la importancia de esta normativa frente a los diferentes antecedentes jurisprudenciales de los tribunales²⁸. La USSC sostuvo que el Congreso de los EE.UU. aspiraba a que la FSIA fuera la única base para afirmar la jurisdicción de un tribunal de los EE.UU sobre un estado extranjero.²⁹

Asimismo, especificó que en el caso presentado ante la misma no se vislumbraba la existencia de ninguna de las excepciones determinadas en la normativa.

4.2 EXCEPCIONES

Ahora bien, luego del examen de estos casos jurisprudenciales, y previo analizar las excepciones estipuladas por la FSIA para poder someter a un Estado extranjero a la jurisdicción de las cortes estadounidenses, es necesario entender cómo funciona el sistema legal de ese Estado en cuanto a la concesión de esta.

En principio, debemos señalar que para que una Corte de dicho Estado sea competente para intervenir en un litigio de carácter civil o mercantil, debe en primer término tener jurisdicción en relación a la materia en cuestión, siendo esta la potestad que se le otorga por ley para resolver con fuerza vinculante las acciones reconocidas tanto por el *Common Law*, como por el derecho legislado. Asimismo, debemos tener en cuenta que, de acuerdo a lo planteado por la doctrina del debido proceso legal, deben existir por lo menos contactos mínimos entre el Estado, la litis y el demandado³⁰. Por otro lado, la jurisdicción en los casos que involucran disputas sobre personas (*"in personam jurisdiction"*) está

²⁸ USSC 488 U.S. 428 (1989).

²⁹ USSC 488 U.S. 428 (1989), p. 434. "We think that the text and structure of the FSIA demonstrate Congress' intention that the FSIA be the sole basis for obtaining jurisdiction over a foreign state in our courts."

³⁰ *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310, 66 S. Ct. 154, 90 L. Ed. 95 (1945).

regulada tanto en el derecho estatal como en el federal, determinando las circunstancias y momentos en las cuales puede una Corte tener jurisdicción sobre una persona y cómo se puede demandar y notificar la contraparte.

Sin embargo, este escenario se modifica cuando se trata de litigios en los cuales se encuentra en juego la inmunidad soberana de un Estado. En estos casos, la Corte ante la cual se presente la demanda deberá determinar si en el caso presentado ante la misma el Estado extranjero cometió alguna de las excepciones contenidas en la FSIA -las cuales analizaremos en detalle a continuación-, lo que habilita que dicha Corte posea jurisdicción por materia y persona de forma simultánea, ya que dicha normativa considera la cuestión de la inmunidad y la jurisdicción como parte de una sola defensa a ejercer por los Estados. Este punto es quizás una de las críticas más generalizadas a la FSIA, ya que la fusión de ambos conceptos otorga a las Cortes norteamericanas la potestad de decidir si un Estado extranjero ha cometido una de las excepciones contenidas en la misma y decidir en una única resolución si existe jurisdicción por materia y por persona, al mismo tiempo que concede o deniega la aplicación de la inmunidad soberana por parte de estos.

Ahora bien, continuando con los preceptos de la FSIA debemos destacar, en relación a la inmunidad de jurisdicción a nivel internacional, que el incremento de las relaciones interestatales, inclusive fuera de la esfera del campo comercial, ha permitido un creciente número de excepciones aceptadas en relación a la misma, especialmente en lo que se refiere a reclamos por actividades desarrolladas por particulares o por un Estado cuando actúa como persona física o jurídica de derecho privado (los mencionados actos “*iure gestionis*”).

Incluso, desde la sanción de la normativa en análisis, las excepciones aceptadas se han expandido, por lo que en el Título 28 del Código de los Estados Unidos (1605)³¹ ahora se especifica que un Estado extranjero nunca podrá oponer la inmunidad de jurisdicción en los siguientes casos:

- Renuncia de inmunidad por un Estado de forma explícita o implícita [1605(a) (1)];
- Actividades comerciales llevadas adelante en los Estados Unidos o cualquier acto llevado a cabo allí que guarden conexión con una

³¹ FSIA, 28 U.S.C. §§ 1605 (2012).

actividad comercial en otro Estados, o cualquier acto en un estado extranjero conectado con una actividad comercial que cause un efecto directo en los Estados Unidos [1605(a)(2)];

- Cualquier propiedad tomada en violación de las leyes internacionales [1605(a)(3)];
- Derechos de propiedad sobre inmuebles de los Estados Unidos que hayan sido adquiridos por sucesión o donación y que se encuentren dentro del territorio de dicho estado [1605(a)(4)];
- Resarcimientos económicos reclamados a estados extranjeros por daños personales o muerte, o el daño o la pérdida de bienes que hayan ocurrido en los Estados Unidos y que fueran causados por un acto ilícito u omisión de un estado extranjero [1605(a)(5)];
- Cualquier acción llevada a cabo para apoyar un acuerdo realizado por un estado extranjero con o para el beneficio de una persona privada para ser sometida a un arbitraje [1605(a)(6)];
- Resarcimientos económicos reclamados a estados extranjeros por daños personales o muerte que fuere causado por un acto de tortura, muerte extrajudicial, sabotaje de una aeronave, toma de rehenes, o la provisión de apoyo material o recursos para esos actos, si el estado extranjero fue designado como un estado patrocinador del terrorismo bajo la Sección 6(j) de la Ley de Administración de Exportaciones de 1979 (Código de los Estados Unidos, Título 50, Apartado 2405(j)) o la Sección 620A del Ley para Asistencia Extranjera del año 1961 (Código de los Estados Unidos, Título 22, 2371) [1605(A)(a)(1)];
- Un juicio de derecho marítimo llevado a cabo para hacer cumplir un derecho de retención marítimo contra un buque o la carga del mismo de un Estado extranjero cuya retención marítima está basada en una actividad comercial de dicho estado extranjero [1605(b)].

Ahora bien, a continuación, analizaremos las más relevantes de las excepciones explicitadas anteriormente, a fin de resaltar tanto los principales puntos, como las principales inyectivas contra las mismas, debiendo tener en mente que el actor o demandante sólo debe invocar que el Estado demandado ha incurrido en una de estas excepciones para que los tribunales estadounidenses puedan declararse competentes en la disputa entre los mismos y al mismo tiempo rechazar la aplicación de la inmunidad soberana.

Por último, cabe señalar que las siguientes excepciones a analizar no guardan un orden específico alguno, ni por importancia ni por su lugar

en el articulado de la normativa en análisis. Sin perjuicio de ello, cabe considerar que la “actividad comercial” es la más importante de las excepciones, toda vez que es la más utilizada por parte de los demandantes y la que más jurisprudencia tiene por parte de las cortes norteamericanas.

4.3. RENUNCIA A LA INMUNIDAD SOBERANA

Estos son los casos en los cuales un Estado renuncia, de forma tácita o expresa, a su inmunidad para ser juzgado en una corte extranjera de acuerdo a lo estipulado por el artículo 1605 (a) (1) de la FSIA.

La renuncia expresa por parte de un Estado se encuentra, en la mayoría de los casos, en los contratos firmados por este al momento de cerrar un acuerdo comercial, o cualquier acto jurídico de similares características necesario para una transacción internacional relevante, siendo un requisito que prácticamente la totalidad de los sujetos contratantes requieren a estos a fin de evitar la posibilidad que exijan la aplicación de la inmunidad soberana y no puedan ser sometidos a juicio ante un incumplimiento.

Este requisito solicitado por los sujetos que contratan con Estados tiene un gran consenso a nivel internacional, siendo una práctica extendida y reconocida en la mayoría de los sistemas legales del mundo, por lo que se considera una costumbre internacional.

Asimismo, esta costumbre dicta que la renuncia usualmente se vuelque en una cláusula de sumisión a los tribunales de un Estado o Estados determinados, especificando además en dicha cláusula cual será el derecho aplicable en el caso de un pleito entre las partes. Sin perjuicio de ello, es dable destacar que las diferentes decisiones de las jurisdicciones norteamericanas han determinado en incontables fallos que el sólo hecho de que un Estado haya renunciado expresamente a su inmunidad soberana -sin importar si lo hizo sometiéndose a dichas cortes o a las de otro Estado- es suficiente para que, en el caso de que el estado extranjero sea demandado en los EE.UU., pueda considerarse competentes para intervenir en la resolución de dicho conflicto, sino también para desechar la aplicación del derecho aplicable elegido por las partes contratantes y para rechazar cualquier pedido de inmunidad ante las mismas presentado por el Estado. Asimismo, veremos más adelante que esta postura por parte de las cortes se ve complementada con la excepción de actividad comercial -y algunas otras de la FSIA-, lo cual permite que la excepción en análisis ni siquiera deba ser profundamente analizada por el juez interviniente a fin de arrogarse el poder de decidir en el conflicto entre las partes.

Por otro lado, los casos reconocidos de renuncia tácita a la inmunidad de jurisdicción han sido contruidos por la misma jurisprudencia norteamericana, siendo generalmente considerado el más común de ellos el uso en el acuerdo entre las partes de la ley de los Estados Unidos y/o la sumisión de la parte a un juicio o arbitraje en el sistema legal de este país, incluyendo si fue iniciado por este o se presentó a contestar demanda o contrademandar; o incluso la sola sumisión del Estado a un derecho distinto al propio en una de las cláusulas del acuerdo firmado por el mismo, o si al momento de presentarse a juicio en cualquiera de los casos descriptos precedentemente no hubiera reclamado específicamente la aplicación de la inmunidad para el caso.

4.4. ACTIVIDAD COMERCIAL

Nuevamente debemos recordar los conceptos de *iure gestionis* e *iure imperii* y la diferencia entre ambos a fin de analizar la presente excepción a la inmunidad de jurisdicción, toda vez que esta es sólo aplicable a los actos de gestión o de naturaleza mercantil (*iure gestionis*), ya que los actos de los Estados considerados como soberanos se encuentran siempre cubiertos por la inmunidad soberana propia de los mismos.

En primer lugar debe señalarse que esta es la excepción que más margen de aplicación permite en las presentaciones realizadas ante los tribunales de mención, incluso siendo considerada por muchos como la única necesaria para poder invalidar la inmunidad de los Estados en un pleito en el cual se aplica la FSIA.

Ahora bien, la FSIA entiende a una “actividad comercial” ya sea tanto el curso regular de una conducta comercial o una transacción o acto comercial particular. El carácter comercial de una actividad deberá ser determinado por referencia a la naturaleza del curso de una conducta o del acto o transacción realizada en particular, más que por su referencia a su propósito³², siendo esta definición de carácter especialmente general, lo que ha permitido que las diferentes jurisdicciones de los Estados Unidos hayan sostenido dicho carácter en sus resoluciones, teniendo de esta manera libertad absoluta para determinar en cada caso en particular si se trata

³² FSIA, 28 U.S.C. § 1603 (d) (2012). "A 'commercial activity' means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose."

de un acto de naturaleza mercantil o no, dejando de lado los preceptos del derecho extranjero que se aplican a ese hecho. De esta manera, en numerosas oportunidades las cortes estadounidenses han sostenido que acciones llevadas adelante por Estados extranjeros fueran consideradas como comerciales cuando según el derecho interno del mismo e incluso según los preceptos del derecho internacional, podrían -o deberían- haber sido consideradas como actos de gobierno o soberanos de este.

Sin perjuicio de ello, debemos asimismo señalar que la FSIA dispone que para que los Estados extranjeros no tengan derecho a la inmunidad soberana en lo que se refiere a los actos mercantiles, deben converger ciertos requisitos, los cuales señala en el artículo 1605 (a) (2) cuando afirma que “un Estado extranjero no será inmune a la jurisdicción de los tribunales de los Estados Unidos o de los Estados en cualquier caso [...] en que la acción se basa en una actividad comercial llevada a cabo en los Estados Unidos por el Estado extranjero; o sobre un acto realizado en los Estados Unidos en relación con una actividad comercial del Estado extranjero en otra parte; O en un acto fuera del territorio de los Estados Unidos en relación con una actividad comercial del Estado extranjero en otro lugar y que el acto causa un efecto directo en los Estados Unidos”. De esto podemos colegir que los requisitos deben ser que la acción efectuada por el Estado extranjero sea efectivamente una “actividad comercial” y que además exista un punto de contacto jurisdiccional con los Estados Unidos, siendo este la forma de establecer el momento en el cual el acto realizado por el Estado tuvo un contacto suficiente con el sistema legal norteamericano, ello en respeto a lo que la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos ha determinado como los “contactos mínimos” directos entre las partes necesarios para determinar la jurisdicción aplicable.

Sin embargo, a pesar de la vigencia de la FSIA, los acreedores encontraron pocas dificultades para afirmar la jurisdicción sobre estados extranjeros deudores ante los tribunales de los EE.UU. Esto es así en parte porque desde que el Congreso promulgó la FSIA, las partes en contratos de deuda soberana regulados por el derecho del Estado de Nueva York casi invariablemente han incluido cláusulas de exención de la inmunidad jurisdicción.³³ En *Republic of Argentina v. Weltover*,

³³ WEIDEMAIER, Mark C., GELPERN, Anna, *Injunctions in Sovereign Debt Litigation*, “Yale Journal on regulation”, Vo. 31, N° 1, 2014, p. 190.

Inc.,³⁴ la USSC estableció que el incumplimiento del estado extranjero de una obligación de deuda denominada en dólares estadounidenses que fuere pagadera en Nueva York cae dentro de la excepción de actividad comercial contemplado en la FSIA.

En esta línea argumental, el Tribunal del Segundo Circuito en *Allied Bank International v. Banco Credito Agrícola de Cartago*³⁵ sentenció que una acción dirigida a lograr el cumplimiento por parte de un estado extranjero de una obligación de deuda no estaba prohibida por la doctrina del acto de estado.³⁶

La mayor litigiosidad ante los tribunales de Nueva York permite afirmar que los acreedores realizan una suerte de caza de activos de los estados extranjeros poniendo en relieve el importante aumento en las demandas de los acreedores contra los estados extranjeros en condición de deudores morosos³⁷. El aumento de los litigios se debería, entre otros factores a la limitación impuesta al estado extranjero deudor para ejercer defensas ante los tribunales en los EE.UU.³⁸

Ahora bien, la inmunidad otorgada a la propiedad del estado deudor constituye una limitación a la ejecución de la deuda del estado extranjero, y sin embargo las demandas para exigir el cumplimiento de la deuda soberana, particularmente los pedidos de embargo contra la propiedad del estado extranjero, han aumentado significativamente en las últimas décadas. De allí que, el caso NML Capital Ltd contra Argentina, y en particular su impacto en el alcance de la inmunidad de la propiedad del estado extranjera contra medidas de ejecución, sea significativo.

³⁴ *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*, 504 U.S. 607 (1992).

³⁵ *Allied Bank International v. Banco Credito Agrícola de Cartago*, 757 F.2d 516 (2d Cir. 1985).

³⁶ La doctrina del acto de estado (*Act of state doctrine*) es un principio adoptado por los tribunales de los EE. UU. En virtud del cual los tribunales de un país no juzgaran los actos del gobierno de otro desarrollados dentro de su propio territorio.

³⁷ SCHUMACHER, Julian, TREBESCH, Christoph, ENDERLEIN, Henrick, *Sovereign Defaults in Court: The Rise of Creditor Litigation 1976-2010* 7 (2014), disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2189997.

³⁸ SCHUMACHER, Julian, TREBESCH, Christoph, ENDERLEIN, Henrick, *Sovereign Defaults in Court: The Rise of Creditor Litigation 1976-2010* 7 (2014), disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2189997. p. 6.

5. LA EXTRATERRITORIALIDAD Y LA APLICACIÓN DE LA FSIA

Una cuestión que colisiona con la aplicación de la FSIA es la presunción contra la extraterritorialidad, principio interpretativo de derecho de los EE.UU., lo cual supone que "la legislación del Congreso, salvo intención contraria, se aplica sólo dentro de la jurisdicción territorial" de los Estados Unidos.³⁹

Con ello se busca "*proteger contra involuntarios choques entre nuestras leyes y las de otras naciones que podrían resultar en discordia*"⁴⁰. Como observó el juez Holmes en *American Banana Co. v. United Fruit Co.*,⁴¹ "*Sería una interferencia con la autoridad de otro soberano, contrario a la cortesía de las naciones...*"⁴²

De acuerdo con las decisiones de la Corte Suprema sobre extraterritorialidad, el razonamiento detrás de la presunción se basa en consideraciones de derecho internacional, cortesía internacional y separación de poderes, entre otras.⁴³

Primero, el derecho internacional consuetudinario establece límites a la autoridad de un estado para aplicar su ley a actividades que ocurren fuera de sus fronteras. La jurisprudencia de la USSC afirma que un acto del Congreso debe ser interpretado siempre que sea posible de manera compatible con el derecho internacional.⁴⁴ Segundo, la doctrina de la Corte Suprema sobre la prevención de enfrentamientos entre el derecho de los EE.UU. y la legislación extranjera se funda en la cortesía internacional.⁴⁵ Tercero, la USSC en la sentencia *Kiobel v. Royal Dutch*

³⁹ *E.E.O.C. v. Arabian Am. Oil Co.*, 499 U.S. 244, 248 (1991), *Foley Bros. v. Filardo*, 336 U.S. 281, 285 (1949): (...) *It is a longstanding principle of American law "that legislation of Congress, unless a contrary intent appears, is meant to apply only within the territorial jurisdiction of the United States."*

⁴⁰ *E.E.O.C. v. Arabian Am. Oil Co.*, 499 U.S. 244, 248 (1991). "*It serves to protect against unintended clashes between our laws and those of other nations which could result in international discord*".

⁴¹ 213 U.S. 347 (1909).

⁴² 213 U.S. 347 (1909), p. 356.

⁴³ BRADLEY, Curtis A., *Territorial Intellectual Property Rights in an Age of Globalism*, 37 "Virginia Journal of International Law", Vol. 37, 1997, pp. 513 a 156

⁴⁴ *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804).

⁴⁵ BRADLEY, Curtis A., *ob. cit.*, p. 515.

*Petroleum Co.*⁴⁶ así como en otras decisiones afirma la separación de poderes, y mostrando la especial preocupación que la aplicación de la legislación de EE.UU. plantee en el extranjero dificultades y consideraciones políticas sensibles que caigan fuera de la competencia institucional y las prerrogativas constitucionales del Poder Judicial⁴⁷. Relacionado con consideraciones de cortesía internacional es la noción de que esta doctrina protege los intereses de EE.UU. De manera que un enfoque territorial sirve, a largo plazo, a los intereses de EE.UU. porque desalienta a otros países a imponer sus leyes extraterritorialmente en personas de los EE.UU.⁴⁸

La FSIA, según la USSC, se trata no sólo sobre la jurisdicción de los tribunales federales sobre demandas contra estados extranjeros sino también el alcance de la inmunidad del estado extranjero, una cuestión de derecho federal sustantiva.⁴⁹ La Corte Suprema aplicó la presunción de extraterritorialidad al FSIA en el caso *Amerada Hess*⁵⁰. Según el tribunal la excepción sólo debe aplicarse a agravios ocurridos dentro de las aguas territoriales de EE. UU.⁵¹.

5.1. DISPOSICIONES DE FSIA SOBRE INMUNIDAD DE EJECUCIÓN

La inmunidad de ejecución de la propiedad de un estado extranjero es significativamente más restringida que la inmunidad de jurisdicción. La doctrina estadounidense sostiene que la ejecución contra los bienes del Estado extranjero constituye una mayor injerencia en la libertad para administrar sus propios asuntos y perseguir sus fines públicos que el pronunciamiento de una sentencia u orden de un tribunal nacional de otro Estado. Los Estados cada vez más mantienen parte de su riqueza nacional en reservas extranjeras y la discreción en cuanto a su disposición se ve como un elemento del ejercicio de la autoridad soberana.⁵²

⁴⁶ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659, 1664-69 (2013), p. 1664.

⁴⁷ BRADLEY, Curtis A., *ob. cit.*, p. 516.

⁴⁸ PARRISH, Austen, *The Effects Test: Extraterritoriality's Fifth Business*, "Vanderbilt Law Review", Vol. 61, N° 5, 2008, p. 1497.

⁴⁹ *Verlinden B.V. v. Cent. Bank of Nigeria*, 461 U.S. 480, 496-97 (1983).

⁵⁰ FSIA Section 1605(a)(5).

⁵¹ *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Co.*, 488 U.S. 428, pp. 440-441.

⁵² FOX, Hazel, WEBB, Philippa, *ob. cit.*, p. 601.

Por lo tanto, el tema de la ejecución de la propiedad estatal extranjera ha sido durante mucho tiempo particularmente sensible en los EE.UU.⁵³ Se sostiene que los estados extranjeros tienden a resistir los esfuerzos para ejecutar las sentencias de cobro de deuda contra su propiedad, viendo tales actos como una interferencia contra sus intereses soberanos.⁵⁴ De hecho, el tema de la ejecución contra la propiedad estatal extranjera fue uno de las más polémicas cuestiones abordadas durante la negociación de la “Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los estados y de sus bienes”.⁵⁵

Incluso después de que EE.UU. adhiriera a la teoría inmunidad restringida, se siguió reconociendo inmunidad de ejecución absoluta a la propiedad del estado extranjero. Antes de la sanción de la FSIA, los demandantes que presentaban una acción contra un estado extranjero en un tribunal de EE.UU. no podían ejecutar la propiedad del estado extranjero demandado⁵⁶. De manera que la inmunidad otorgada a la propiedad de un estado extranjero reconocida por la FSIA es más amplia que aquella de jurisdicción. La regla existente en los EE.UU. es que la propiedad de un estado extranjero resulta absolutamente inmune a la ejecución. En este sentido, en el caso *Letelier v. República de Chile*,⁵⁷ el Tribunal del Segundo Circuito reconoció que el Congreso estableció deliberadamente diferentes estándares para la inmunidad de jurisdicción y la de ejecución.⁵⁸ Se observó que la FSIA fue promulgada al mismo tiempo que legislación europea en la materia comparable, que no proporcionaba ningún mecanismo para la ejecución de sentencias, en lugar de exigir que los demandantes satisfagan sentencias contra soberanos extranjeros a través de canales ejecutivos o administrativos.⁵⁹

⁵³ CRAWFORD, James, *Execution of Judgments and Foreign Sovereign Immunity*, “American Journal of International Law”, Vol. 75, 1981, p. 857.

⁵⁴ STEWART, David, P., *The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, “American Journal of International Law”, Vol. 99, 2005, p. 206.

⁵⁵ STEWART, David, P., *ob. cit.*, loc. cit.

⁵⁶ CRAWFORD, *ob. cit.*, p. 852.

⁵⁷ *Letelier v. Republic of Chile*, 748 F.2d 790 (2d Cir. 1984).

⁵⁸ *Letelier v. Republic of Chile*, 748 F.2d 790 (2d Cir. 1984), p. 798.

⁵⁹ *Letelier v. Republic of Chile*, 748 F.2d 790 (2d Cir. 1984), p. 798.

En consecuencia, a pesar de que la FSIA establece que un estado extranjero demandado es responsable de la misma manera que un demandado privado, lo cual constituye una excepción a la inmunidad de jurisdicción,⁶⁰ la ejecución de la propiedad del estado extranjero está sujeta a un conjunto de reglas más restrictivas. La Sección 1609 de la FSIA establece que la propiedad del estado extranjero en los Estados Unidos será inmune a la ejecución, excepto lo previsto en la Sección 1610⁶¹. A su vez, cada una de las excepciones enumeradas en la Sección 1610, requieren el cumplimiento del requisito que los activos estatales extranjeros sean utilizados para una actividad comercial en los EE.UU., de manera que debe haber una conexión entre esa propiedad objeto de ejecución y una actividad comercial con base en los EE.UU.⁶²

En materia de *discovery*⁶³, la FSIA guarda silencio en cuanto a la extensión con la cual se puede ordenar esta medida.⁶⁴ En cuanto a la *in-junction*, el Tribunal del Segundo Circuito sostuvo que un juez no puede otorgar una medida cautelar que la FSIA prohíbe. En *S & S Mach. Co.*

⁶⁰ FSIA, 28 U.S.C. § 1606 (2012).

⁶¹ FSIA, 28 U.S. Code § 1609. “*Subject to existing international agreements to which the United States is a party at the time of enactment of this Act the property in the United States of a foreign state shall be immune from attachment arrest and execution except as provided in sections 1610 and 1611 of this chapter.*”

⁶² *First Nat. City Bank v. Banco Para El Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611 (1983).

⁶³ El término *discovery* generalmente se refiere a la revelación por parte del acusado de hechos, escrituras, documentos que son de su conocimiento o posesión exclusiva y que resultan necesarios para dilucidar una cuestión en una causa pendiente de resolución, o para ser llevados a otro tribunal, o como evidencia de sus derechos o título en tales procedimientos. Los medios de prueba que pueden ser utilizados por una parte para obtener datos e información sobre el caso de la otra parte a fin de ayudar a la preparación para el proceso judicial bajo las Reglas 26 a 37 de las *Federal Rules of Civil Procedure* y en aquellos estados que han adoptado reglas basadas en tales, incluyen: deposición sobre preguntas orales y escritas, interrogatorios escritos, producción de documentos, permiso para ingresar en propiedad, exámenes físicos y/o mentales, solicitudes de admisión. *Black's Law Dictionary*, 6ta. Edición. 1991.

⁶⁴ *Rubin v. The Islamic Republic of Iran*, 637 F.3d 783, 795 (2d Cir. 2012).

v. Masinexportimport,⁶⁵ una sociedad propiedad del estado rumano acordó con un comprador de Nueva York venderle partes de maquinaria a cambio del pago a través de cartas de crédito irrevocables. El comprador insatisfecho con la calidad de los bienes entregados, solicitó una *injunction*⁶⁶ contra los activos del vendedor en Nueva York y una orden judicial que le impedía negociar las cartas de crédito. El tribunal de distrito rechazó lo solicitado sobre la base de la Sección 1610(d) de la FSIA que prohíbe tales medidas a menos que el estado extranjero hubiere renunciado explícitamente a la inmunidad. El Tribunal del Segundo Circuito confirmó la resolución del tribunal inferior, encontrando que el vendedor no había renunciado explícitamente a su inmunidad. También encontró que el tribunal del distrito fue correcto para rechazar el requerimiento⁶⁷

En *Autotech Techs. LP v. Integral Research & Dev. Corp.*,⁶⁸ el Tribunal del Séptimo Circuito invocó la presunción contra la extraterritorialidad para limitar el alcance de las disposiciones de ejecución de la FSIA. El tribunal confirmó la autoridad de un juez de distrito para emitir sanciones contra una empresa de semiconductores estatal bielorrusa por violar un acuerdo de solución.⁶⁹ Sin embargo, anuló la ejecución

⁶⁵ *S & S Machinery Co., Plaintiff-appellant, v. Masinexportimport, a Romanian Corporation, and the Romanian bank for Foreign Trade, Defendants-appellees*, 706 F.2d 411 (2d Cir. 1983).

⁶⁶ Es una orden judicial que prohíbe a alguien hacer un acto específico u ordena a alguien que corrija algún daño o lesión. Se trata de un proceso judicial que funciona *in personam* y que requiere que la persona a la que se dirige haga o se abstenga de hacer algo en particular. En general, es una acción preventiva, dirigida a actos futuros, y que no tiene la intención de corregir hechos pasados (Fed. R.Civil P. 65). *Black's Law Dictionary*, 6ta. Edición. 1991.

⁶⁷ (...) “*The FSIA would become meaningless if courts could eviscerate its protections merely by denominating their restraints as injunctions against the negotiation or use of property rather than as attachments of that property.... courts in this context may not grant, by injunction, relief which they may not provide by attachment.*” *S & S Machinery Co., Plaintiff-appellant, v. Masinexportimport, a Romanian Corporation, and the Romanian bank for Foreign Trade, Defendants-appellees*, 706 F.2d 411 (2d Cir. 1983), p. 418.

⁶⁸ *Autotech Techs. LP v. Integral Research & Dev. Corp.* 499 F.3d 737, 750-51 (7th Cir. 2007).

⁶⁹ *Autotech Techs. LP v. Integral Research & Dev. Corp.* 499 F.3d 737, 750-51 (7th Cir. 2007), pp. 744 a 745.

de la sentencia toda vez que no se pudo identificar las propiedades específicas en los EE.UU. contra las cuales hacer efectiva la sentencia.⁷⁰ Determinó que la FSIA no autoriza la ejecución sobre activos de un estado extranjero con independencia de su ubicación.⁷¹

Luego del análisis de las principales excepciones a la inmunidad del estado extranjero contemplados en la FSIA, se puede señalar que la aplicación de algunos de los preceptos de ésta ha generado un sinnúmero de críticas por parte, no sólo de representantes de estados extranjeros a los cuales le fueran aplicadas los mismos, sino también de juristas de los mismos estadounidenses.

Una de estas principales críticas resalta la vaguedad de la redacción de los artículos de la norma al definir conceptos básicos, como por ejemplo el de “actividad comercial” (*comercial activity*). Es así como la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, a través de la opinión del Justice Scalia, definió que una actividad comercial tiene lugar cuando un gobierno extranjero actúa, no como un regulador del mercado, sino como un privado dentro del mismo, de manera que todas las acciones de este son “comerciales” de conformidad con los preceptos de la FSIA⁷².

Además, se destacó en este fallo que, como la ley definía que el carácter comercial de un acto era determinado por la referencia a su “naturaleza” más que a su “propósito”, la cuestión no era si el Estado extranjero estaba actuando con ánimo de lucro o por otro lado con la meta de cumplir objetivos soberanos. Más bien, el asunto sería si las acciones particulares llevadas adelante por el estado extranjero, sin importar el motivo detrás de las mismas, eran el tipo de acciones mediante las cuales un particular se involucra en el intercambio y el tráfico de comercio⁷³.

Otro de los problemas relevantes en cuanto a esta excepción es, en referencia a los puntos de contactos mínimos con el sistema legal norteamericano dispuestos en la normativa en análisis, la extrema libertad que se le ha dado a los jueces de las cortes de dicho Estado para determinar

⁷⁰ *Autotech Techs. LP v. Integral Research & Dev. Corp.* 499 F.3d 737, 750-51 (7th Cir. 2007), p. 750.

⁷¹ *Autotech Techs. LP v. Integral Research & Dev. Corp.* 499 F.3d 737, 750-51 (7th Cir. 2007), p. 750.

⁷² *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*, 504 U.S. 607 (1992).

⁷³ *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*, 504 U.S. 607 (1992).

en cada caso en particular cuáles son los mismos y en qué momento se dieron a fin de proclamar su jurisdicción.

Si a ello se suma que no se ha contemplado la excepción específica para el caso en que dos estados hayan acordado someterse a la jurisdicción de un tercer estado específico, lleva a afirmar que la FSIA no acepta la prórroga de jurisdicción, negando de esta manera la libre voluntad de los estados para someterse a un foro diferente al de los EE.UU. para resolver las posibles disputas que pudieran surgir entre ellos y provocando asimismo que quede sin efecto un acuerdo contractual entre los mismos.

Asimismo, debemos destacar que esta excepción incluso otorga un medio de aplicación extraterritorial enorme, ya que abarca casi el total de los compromisos contractuales adoptados por los Estados extranjeros e, incluso obligaciones extracontractuales acaecidas dentro del territorio del propio Estado extranjero.

6. LA DEUDA PÚBLICA EXTERNA ARGENTINA ANTE LOS TRIBUNALES DE LOS EE.UU.-EL CASO ENTRE EL FONDO ESPECULATIVO NML Y LA REPÚBLICA ARGENTINA

En 2001 Argentina sufrió la peor crisis social económica en su historia moderna, llevando a la pobreza y al desempleo a niveles sin precedentes. Incapaz de pagar sus deudas y proporcionar servicios gubernamentales básicos, Argentina declaró una moratoria de pago de más de 80 mil millones de dólares de su deuda pública externa. La República Argentina reestructuró aproximadamente el 93% de esa deuda con sus acreedores, mediante la celebración de dos intercambios de bonos, uno en 2005 y otro en 2010, en el cual los acreedores de Argentina acordaron aceptar nuevos instrumentos de deuda que valían aproximadamente un tercio del valor nominal original de la deuda⁷⁴.

Un grupo de acreedores, a los cuales se conoce como *hold-outs*, entre los cuales se incluye NML Capital Ltd (NML)⁷⁵, se negaron a participar

⁷⁴ HALVERSON CROSS, Karen, *Arbitration as a Means of Resolving Sovereign Debt Disputes*. "American Review of International Arbitration", Vol. 17, N° 3, 2006, p. 335.

⁷⁵ El demandante principal, NML Capital Ltd, es una filial del fondo de cobertura Elliott Associates, con sede en las Islas Caimán. NML es conocido en el lenguaje común como fondo "buitre", una expresión usada para describir

en estas reestructuraciones de la deuda y presentaron demandas contra la República Argentina.

La deuda vencida e impaga se regía por el *Fiscal Agency Agreement* (FAA) de octubre de 1994⁷⁶. Según lo allí reglado, Argentina acordó renunciar a la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales federales de Nueva York,⁷⁷ y a la inmunidad de ejecución.⁷⁸ Además, el acuerdo contenía una cláusula *pari passu*⁷⁹, la cual regula que "la garantía constituirá una obligación directa, incondicional y no subordinada de la República y en todo momento tendrá rango *pari passu* y sin ninguna preferencia entre los deudores". En una interpretación amplia de esta cláusula, si Argentina paga al tenedor del nuevo bono (aquellos emitidos como consecuencia del acuerdo alcanzado por el plan de reestructuración de la deuda), tiene que pagar el monto imponible al tenedor del bono antiguo (es decir reconocer igualdad de trato).

Sin embargo, no se incluyó una cláusula de acción colectiva (Cac), según la cual, en el supuesto de acordarse un plan de reestructuración de la deuda, la mayoría de los acreedores obligaría a la minoría disidente a celebrar el acuerdo.

Como consecuencia, era facultativo para los acreedores participar en el plan de reestructuración de la deuda. Aproximadamente el 7% de ellos no participó en el acuerdo de reestructuración de la deuda de 2005 y 2010.

Argentina se negó a satisfacer a los acreedores tenedores de bonos antiguos. Además en 2005, el gobierno de Argentina aprobó la denominada Ley Cerrojo⁸⁰ por la cual se prohibía al Poder ejecutivo pagar

un fondo de cobertura que compra una deuda con fuerte descuentos en su valor original con la expectativa de lucrar al hacer cumplir la deuda a su valor nominal total.

⁷⁶ *Fiscal Agency Agreement between the Republic of Argentina and Bankers Trust Company, Fiscal Agent*, del 19/10/1994. <http://www.shearman.com/~media/Files/Services/Argentine-Sovereign-Debt/2013/FiscalAgencyAgreementOct191994.pdf>

⁷⁷ *Idem* ant § 22.

⁷⁸ *Idem* ant. A-18.

⁷⁹ *Idem* ant. § 1(c).

⁸⁰ Ley 26.017, *Disposiciones adicionales a las quedaran sujetos los bonos del Estado Nacional que resultan elegibles para el canje estableció en el Decreto*

a los acreedores *holdouts* de bonos antiguos. La Ley tenía la intención de alentar a los *holdouts* a participar en el intercambio ya que de lo contrario no se les pagaría.

Sin embargo, algunos de ellos rechazaron las ofertas de 2005 y 2010 para intercambiar sus bonos incumplidos e iniciaron demandas para bloquear pagos a tenedores de bonos que sí habían aceptado la refinanciación de la deuda, así como acciones para satisfacer sus deudas con activos del gobierno argentino en el extranjero (por ejemplo, depósitos del Banco Central en el Banco de la Reserva Federal de Nueva York, el avión presidencial, el ARA Libertad, o los contratos de lanzamiento de satélites).

NML Capital, el acreedor principal y con un importante porcentaje de la deuda no renegociada, se negó a aceptar los términos de la reestructuración y reclamó una compensación total por el valor pendiente de la deuda. Esta estrategia se conoce generalmente como “*holding out*” (lo cual puede ser traducido al español como “aguantar”), lo que implica que tales inversores no están dispuestos a reprogramar su deuda en virtud de los términos y condiciones del país deudor.

Hasta 2014, el mayor triunfo de los *holdouts* fue el acuerdo con Perú en 1996, por el cual este país eludió litigar por temor a que las repercusiones multitudinarias pudieran dañar la capacidad de Perú de recurrir a los mercados de capitales para sus necesidades financieras. Temeroso, Perú liquidó y pagó un considerable rendimiento a Elliott Associates.⁸¹

El fondo especulativo NML Capital Ltd, demandó a Argentina por la deuda de aproximadamente 1.300 millones de dólares⁸².

Nº 1735/2004 y que no hubiesen sido presentados al canje dispuesto por el mencionado decreto. Sancionada el 09/02/2005 y promulgada el 10/02/20105.

⁸¹ *Elliott Associates, LP vs. Banco de la Nación*, 12 F. Supp. 2d 328 (SDNY 1998).

⁸² El proceso judicial entre el fondo especulativo NML Capital, Ltd. y Argentina ha sido descrito como el “juicio de reestructuración de la deuda soberana” del siglo. Cfr. Joseph Cotterill, *Look Ma, No Uniquely Recalcitrant Sovereign*, “The Financial Times Alphaville”, 01/11/2013, <http://ftalphaville.ft.com/2013/11/01/1677502/look-ma-no-uniquely-recalcitrantsovereign/>

La demanda, sustanciada ante el tribunal federal del Segundo distrito (*United States District Court for the Southern District of New York*), con sede en la ciudad de Nueva York, obtuvo sentencias favorables a los acreedores por el monto total pendiente de la deuda en mora⁸³. Pero Argentina se negó a acatar las resoluciones judiciales y hacer efectivo el pago. En respuesta, NML inició acciones a fin de encontrar propiedades del Estado argentino que le permitieran hacer efectivo la ejecución de los fallos (*discovery*).

Posteriormente, dos decisiones de la Corte Suprema de los EE.UU. mejoraron significativamente las posibilidades de cumplimiento en favor de NML. En primero lugar, en *República de Argentina v. NML Capital Ltd.*,⁸⁴ la Corte Suprema sostuvo que la FSIA⁸⁵ no limita la discreción de un tribunal de los EE.UU. para ordenar un *discovery* con efectos extraterritoriales posterior al juicio. El fondo NML Capital había solicitado ante el juez de circuito una orden para obligar a los bancos internacionales (Bank of América y Banco de la Nación Argentina) a proporcionar información sobre cómo Argentina movía sus activos monetarios alrededor del mundo (*discovery order*).⁸⁶ En segundo lugar, la Corte Suprema denegó dos peticiones de *certiorari*⁸⁷ para revisar las medidas dictadas por el Tribunal del Segundo de Circuito, una que impedía a Argentina realizar pagos a los titulares de su deuda reestructurada a menos que paguara a los demandantes, la otra que amenazaba con sancionar a cualquier agente financiero internacional estadounidense o extranjero que procesara los pagos realizados por Argentina en desafío a la *injunction order*⁸⁸. Estas decisiones favorecieron a NML Capital cuyos previos esfuerzos

⁸³ La documentación vinculada al caso NML Capital se encuentra disponible online en <https://argentine.shearman.com/>

⁸⁴ *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 134 S. Ct. 2250 (2014).

⁸⁵ FSIA, 28 U.S.C. §§ 1330-1620 (2012).

⁸⁶ *NML Capital, Ltd. v. Republic of Arg*, N° 03 Civ. 8845 (TPG), (S.D.N.Y. Sept. 2, 2011). La sentencia del Tribunal del Segundo Circuito es *EM Ltd. v. Republic of Argentina*, 695 F.3d 201 (2d Cir. 2012).

⁸⁷ *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 134 S. Ct. 2819 (June 16, 2014) (No. 13-990). *Exch. Bondholder Grp. v. NML Capital, Ltd.*, 134 S. Ct. 2819 (June 16, 2014) (N° 13-991).

⁸⁸ *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, No. 08 Civ. 6978 (TPG) (S.D.N.Y. Nov. 21, 2012), *aff'd*, 727 F.3d 230 (2d Cir. 2013). *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, 727 F.3d 230 (2d Cir. 2013), *cert. denied*, 134 S. Ct. 2819 (2014).

para obligar a Argentina a cumplir los fallos de Nueva York habían sido infructuosos.

El gobierno de los EE.UU. afirmó repetidamente en el litigio entre NML y Argentina, que tanto la orden de *discovery* como la de *injunction* resultaban inconsistentes con la estructura y el propósito de la FSIA, la cual debía leerse en el sentido a favor de la prohibición de tales órdenes.

Como ya se dijo aquí, la USSC ha interpretado que la FSIA es la base exclusiva para afirmar la jurisdicción sobre un estado extranjero ante un tribunal de los EE.UU.⁸⁹ Además, el contexto histórico en el que se adoptó la ley apoya una lectura estricta de las excepciones a la inmunidad de ejecución prevista en la FSIA. De allí que la presunción contra la extraterritorialidad exige un enfoque interpretativo moderado.⁹⁰

6.1. DISCOVERY ORDER - ORDEN DE DISCOVERY

En 2003 el Fondo NML obtuvo un pronunciamiento judicial favorable a sus pretensiones. Sin embargo⁹¹ no pudo hacer efectiva la sentencia ya que experimentó una gran dificultad para encontrar activos para ejecutarla. En 2010, se libraron órdenes al Bank of America y al Banco de la Nación Argentina, a fin de "ubicar los activos y cuentas de Argentina" y "comprender cómo Argentina movía sus activos a través de Nueva York y alrededor del mundo"⁹². De esta manera el fondo buscó información detallada sobre las cuentas que el Estado Argentino mantuviera en cualquier parte del mundo, lo cual incluía fechas de apertura y cierre, sus saldos actuales y documentos relacionados con transferencias hacia o desde estas cuentas.⁹³ Argentina inició acciones judiciales a fin de anular estas medidas. En una audiencia entre las partes, el juez

⁸⁹ *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Co.*, 488 U.S. 428, pp. 434-435.

⁹⁰ *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Co.*, 488 U.S. 428, p. 434-435. "As we said in *Verlinden*, the FSIA "must be applied by the district courts in every action against a foreign [488 U.S. 428, 435] sovereign, since subject-matter jurisdiction in any such action depends on the existence of one of the specified exceptions to foreign sovereign immunity." *Verlinden B. V. v. Central Bank of Nigeria*, 461 U.S. 480, 493 (1983)."

⁹¹ *EM Ltd. v. Republic of Argentina*, 695 F.3d 201, 203 (2d Cir. 2012).

⁹² *EM Ltd. v. Republic of Argentina*, 695 F.3d 201, 203 (2d Cir. 2012).

⁹³ *EM Ltd. v. Republic of Argentina*, 695 F.3d 201, 203 (2d Cir. 2012).

Griesa negó la petición de Argentina de anular y confirmó las medidas otorgadas a favor de lo solicitado por NML, afirmando que la corte tenía la intención de servir como un “*centro de intercambio de información*” para ayudar a NML en sus esfuerzos de lograr que la sentencia se hiciera efectiva.⁹⁴ Argentina apeló esta decisión.

La instancia de apelación (el Tribunal Federal del Segundo Circuito) confirmó la orden del tribunal de distrito, rechazando el argumento de Argentina que sostenía que la FSIA prohíbe el *discovery* de activos inmunes. Si bien se admitió que un tribunal federal con asiento en Nueva York carecería de jurisdicción sobre propiedad del Estado argentino ubicado en el extranjero, entendió que la competencia del tribunal de distrito para ordenar el *discovery* posterior al dictado una sentencia no afecta a la FSIA.⁹⁵ El Tribunal Federal del Segundo Circuito trazó una distinción entre el *discovery* jurisdiccional bajo el FSIA y el *discovery* posterior al juicio.

Razonó que las cuestiones vinculadas a la inmunidad soberana del Estado extranjero no están presentes una vez que se establece una excepción a la inmunidad y el propósito del *discovery* es la aplicación de esta excepción.⁹⁶ Dado que Argentina renunció expresamente a su inmunidad de jurisdicción y de ejecución en el instrumento de deuda, las cuestiones expresadas en precedentes que tratan sobre el *discovery* bajo el FSIA no eran relevantes para el caso.⁹⁷ Finalmente, encontró que dado que las citaciones se dirigieron a los bancos comerciales, los cuales carecen de inmunidad soberana, el cumplimiento de las órdenes de *discovery* de los bancos “no causará a Argentina ni carga ni gasto alguno”⁹⁸.

Argentina solicitó la intervención de la USSC mediante un *writ of certiorari*. En la tramitación del *certiorari*, el gobierno de los EE.UU. presentó un escrito *amicus curiae*,⁹⁹ y el Vice Procurador General

⁹⁴ *EM Ltd. v. Republic of Argentina*, 695 F.3d 201, 203 (2d Cir. 2012).

⁹⁵ *EM Ltd. v. Republic of Argentina*, 695 F.3d 201, 203 (2d Cir. 2012), pp. 208-209.

⁹⁶ *EM Ltd. v. Republic of Argentina*, 695 F.3d 201, 203 (2d Cir. 2012), p. 210.

⁹⁷ *EM Ltd. v. Republic of Argentina*, 695 F.3d 201, 203 (2d Cir. 2012), pp. 209 a 210.

⁹⁸ *EM Ltd. v. Republic of Argentina*, 695 F.3d 201, 203 (2d Cir. 2012), p. 210.

⁹⁹ *Brief for the United States as Amicus Curiae in Support of Petitioner, Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 134 S. Ct. 2250, 2256 (2014) (N° 12-842) (U.S. NML Capital Amicus Brief).

(*Deputy General Procurator*) presentó un alegato oral en apoyo de la posición del Estado solicitante. Argentina y el gobierno de EE.UU. argumentaron que la orden de *discovery* resultaba demasiado amplia, en contravención a la FSIA.¹⁰⁰ Aunque Argentina había renunciado a su inmunidad de ejecución, el gobierno de los EE.UU. sostuvo que las disposiciones de ejecución de la FSIA protegían la propiedad de Argentina de los efectos de la orden de *discovery* con independencia de la renuncia formulada por el Estado deudor.¹⁰¹

El juez Scalia, quien expuso la decisión mayoritaria de la Corte Suprema, afirmó la sentencia del Tribunal Federal del Segundo Circuito. A diferencia del enfoque de la máxima instancia judicial de los EE.UU. en el caso *Amerada Hess*, donde sostuvo que un estado extranjero goza de inmunidad de jurisdicción a menos que una excepción legal pueda ser probada,¹⁰² en el caso *NML Capital* invirtió la presunción, argumentando que "cualquier defensa de inmunidad hecha por un soberano extranjero en un tribunal estadounidense debe contar con bases en el texto de la FSIA",¹⁰³ lo cual implica que en *NML Capital*, el cimero Tribunal interpretó que el silencio general de la FSIA con respecto al *discovery* significa que ésta no limita la discreción de un tribunal para ordenar el *discovery* contra los activos de un estado extranjero,¹⁰⁴ que cualquier laguna en la norma con respecto al *discovery* corresponde al Congreso resolverla.¹⁰⁵ Observando que sólo las disposiciones de ejecución de la FSIA se aplican a la propiedad de un estado extranjero en EE.UU., la opinión continúa afirmando que el texto de la FSIA otorga inmunidad de ejecución sólo a la propiedad de un estado extranjero que se encuentra dentro de los Estados Unidos.¹⁰⁶ El razonamiento de *NML Capital* sugiere que las disposiciones de ejecución de la FSIA simplemente no se aplican para proteger una propiedad del estado extranjero que se encuentre fuera de los EE.UU. contra órdenes de *discovery* amplia otorgada por un tribunal de los EE.UU. Aunque la Justice

¹⁰⁰ *U.S. NML Capital Amicus Brief*, pp. 14 a 18.

¹⁰¹ *U.S. Oral Argument*, (Presentación oral de los EE.UU.), p. 26.

¹⁰² *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Co.*, 488 U.S. 428, pp. 439 a 443.

¹⁰³ *NML Capital*, 134 S.Ct., p. 2256.

¹⁰⁴ *NML Capital*, 134 S.Ct., pp 2256 a 2257.

¹⁰⁵ *NML Capital*, 134 S.Ct., p. 2258.

¹⁰⁶ *NML Capital*, 134 S.Ct., p. 2257.

Ginsburg falló en disidencia, no desafió el alcance extraterritorial de la orden de *discovery*, sino que solamente se opuso a que la orden afectara propiedad no comercial de Argentina.¹⁰⁷

6.2. INJUNCTION ORDER

La *injunction order* fue emitida en relación a una demanda formulada por separado por el Fondo NML. El acreedor, previendo que tendría dificultades para ejecutar las eventuales sentencias favorables que obtuviera en los procesos iniciados contra Argentina y habiendo retenido una cantidad adicional de deuda argentina, presentó una demanda ante el tribunal federal de distrito con sede en la ciudad de Nueva York para exigir el cumplimiento específico de esa deuda, alegando incumplimiento de la cláusula *pari passu* en el acuerdo de la misma.¹⁰⁸ En febrero de 2012, el juez Griesa aceptó la solicitud de NML de un mandamiento judicial (*injunction*), ordenando a Argentina a hacer un "pago ratable" (*ratable payment*) a NML bajo la cláusula *pari passu* cada vez que hiciera, o intentara hacer, pagos sobre bonos reestructurados.¹⁰⁹ El magistrado recurrió así al pacto *pari passu* para exigir a Argentina extender igualdad de trato en favor de NML.¹¹⁰

El Departamento de Justicia de los EE.UU., junto con los Departamentos del Tesoro y de Estado hicieron una presentación conjunta en calidad de *amicus curiae* al Tribunal del Segundo Circuito instando a la revocación de la *injunction order*.¹¹¹ Además de impugnar la interpretación realizada por el juez de la cláusula de *pari passu*,¹¹² el Departamento de Justicia argumentó que la medida cautelar contravenía las disposiciones sobre inmunidad de ejecución de la FSIA debido a su alcance extraterritorial.¹¹³ Dado que Argentina realiza pagos de su deuda

¹⁰⁷ *NML Capital*, 134 S. Ct. p. 2259 (Ginsburg, J., disidencia).

¹⁰⁸ WEIDEMAIER, Mark C., GELPERN, Anna, *ob. cit.*, p. 3.

¹⁰⁹ *NML Capital v. Republic of Argentina*, 699 F.3d 246, (2d Cir. 2012), pp. 254-255.

¹¹⁰ *NML Capital v. Republic of Argentina*, 699 F.3d 246, (2d Cir. 2012), p. 254.

¹¹¹ *Brief for the United States as Amicus Curiae in Support of Reversal*, (699 F.3d 246 (No. 12-105-cv(L))).

¹¹² *Brief for the United States as Amicus Curiae in Support of Reversal...*, p. 5.

¹¹³ *Brief for the United States as Amicus Curiae in Support of Reversal...*, p. 23.

reestructurada fuera del territorio de EE.UU., el Departamento de Justicia argumentó que la orden judicial que prohíbe estos pagos viola la FSIA porque se dirige contra la propiedad de Argentina, la cual goza de inmunidad. La presentación del *amicus curiae* caracterizó a la orden de *injunction* como una "afirmación exorbitante de la extraterritorialidad en materia de jurisdicción". El escrito también citó la doctrina del caso *S & S Machinery* donde se sostiene que un tribunal no puede obviar la inmunidad de propiedad de estado extranjero amparada por la FSIA mediante el uso de una medida cautelar.¹¹⁴

El Tribunal Federal del Segundo Circuito ignoró los argumentos del Departamento de Justicia. Afirmó la interpretación del tribunal de distrito en relación a la cláusula de *pari passu*.¹¹⁵ El tribunal entendió que la medida cautelar, que prohibía a Argentina transferir el pago a algunos bonistas pero no a otros, sólo afectaba "incidentalmente" a la propiedad argentina.¹¹⁶ Adicionalmente, el Tribunal de alzada ordenó el regreso del expediente al tribunal de distrito para que el magistrado interviniente aclarara los términos de la misma, en particular, la fórmula de pago y los efectos de la medida cautelar impuesta a terceros.¹¹⁷

En noviembre de 2012, el juez Griesa emitió una *injunction order* modificada. Primero, aclaró que "pago ratable" significa el 100 por ciento de lo que se debe a NML en el momento del pago.¹¹⁸ Además, aclaró que todos los "participantes" en el proceso de pago de la deuda reestructurada tenían prohibido según FRCP 65 (d) (2)¹¹⁹ ayudar o instigar a Argentina a incumplir con la orden.¹²⁰ Los "participantes" incluyen

¹¹⁴ *Brief for the United States as Amicus Curiae in Support of Reversal...*, p. 25-26.

¹¹⁵ *NML Capital v. Republic of Argentina*, 699 F.3d 246, (2d Cir. 2012), pp. 261 a 63.

¹¹⁶ *NML Capital v. Republic of Argentina*, 699 F.3d 246, (2d Cir. 2012), p. 262.

¹¹⁷ *NML Capital v. Republic of Argentina*, 699 F.3d 246, (2d Cir. 2012), p. 265.

¹¹⁸ *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, N° 08 Civ. 6978 (TPG) (S.D.N.Y. Nov. 21, 2012), 727 F.3d 230 (2d Cir. 2013), paras. 2(b) y (c).

¹¹⁹ El Fed. R. Civ. P. 65(d) (2) define el alcance de una *injunction* como vinculante no solo para la parte accionada, sino también para cualquier persona que esté "en concierto o participación activa" con esa parte, siempre que esta persona reciba notificación de la orden.

¹²⁰ *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, N° 08 Civ. 6978 (TPG) (S.D.N.Y. Nov. 21, 2012), 727 F.3d 230 (2d Cir. 2013), para. 2(e).

a fideicomisarios y/o registradores los Bonos de Intercambio, en particular Bank of New York Mellon; propietarios de los bonos de cambio y los depositarios para bonos de intercambio así como a sociedades de compensación y agentes de liquidación de los bonos de intercambio y agentes fiduciarios pagadores y agentes de transferencia para los bonos de intercambio. La orden específicamente nombró a participantes estadounidenses y extranjeros en el sistema de pago de la deuda, en particular, Depository Trust Company (Nueva York), Euroclear S.A./N.V. (Bélgica), y Clearstream Banking S.A. (Alemania y Luxemburgo), como parte de la definición de "participantes".¹²¹

Argentina presentó ante el Tribunal Federal del Segundo Circuito una petición para una nueva audiencia y para un examen *en banc* (*en banc review*)¹²² de la sentencia. Aunque el Departamento de Justicia presentó un informe en apoyo de petición de la Argentina,¹²³ haciéndose eco de los argumentos formulados en su presentación *amicus curiae* anterior, ambas peticiones fueron denegadas.¹²⁴

En agosto de 2013, el Tribunal Federal del Segundo Circuito confirmó la *injunction order* enmendada, reafirmando su decisión previa de que la medida dictada por la primera instancia no contrariaba las prescripciones de la FSIA.¹²⁵ El tribunal también rechazó un argumento planteado por varios *amici curiae*, en especial, aquel que la medida cautelar afectaría negativamente las reestructuraciones futuras de la deuda soberana de Argentina. Caracterizó el comportamiento de Argentina como

¹²¹ *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, N° 08 Civ. 6978 (TPG) (S.D.N.Y. Nov. 21, 2012), 727 F.3d 230 (2d Cir. 2013), para. 2(f).

¹²² *En banc review*: se refiere a una sesión donde la total de los miembros de un tribunal participa en la decisión en lugar del quórum regular. (*FedR.App.P.* 35). Cuando las cuestiones involucradas son inusualmente novedosas o de amplio impacto, el caso será escuchado y decidido por el pleno del tribunal. *Black's Law Dictionary*, 6ta. Edición. 1991.

¹²³ *Brief for the United States of America as Amicus Curiae in Support of the Republic of Argentina's Petition for Panel Rehearing and Rehearing En Banc*, 699 F.3d 246 (No. 12-105-cv(L)).

¹²⁴ *Order*, 699 F.3d 246 (No. 12-105) (28/02/2013); *Order*, 699 F.3d 246 (No. 12-105) (26/03/2013).

¹²⁵ *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, 727 F.3d 230, 243 (2d Cir. 2013), cert. denied, 134 S. Ct. 2819 (2014).

excepcional y entendió que era poco probable que los hechos del litigio NML se repitieran en el futuro.

El tribunal de apelación, sin embargo, suspendió la aplicación de la *injunction order* pendiente de apelación a la Corte Suprema.¹²⁶

Argentina presentó una petición de writ of *certiorari* para revisar la decisión del Segundo Circuito. Por su parte los titulares de bonos de la deuda reestructurada presentaron su propia petición de *certiorari*, argumentando que la *injunction order* utilizaba las obligaciones de la deuda reestructurada como apalancamiento para obligar a Argentina a pagar NML, aumentaba el riesgo de incumplimiento de Argentina y afectaba la propiedad de los bonistas.¹²⁷ La USSC denegó ambas peticiones en junio de 2014,¹²⁸ con lo cual la suspensión de la orden de suspensión fue levantada.

6.3. El rol de la FSIA en los pronunciamientos judiciales en el caso NML v. Argentina

En sus presentaciones como *amicus curiae* y en la argumentación oral en los procesos NML, el gobierno de EE.UU. entendió que las órden-es de *discovery* y de *injunction* dictadas por el juez Griesa eran contrarias al propósito de la FSIA. Sin embargo, estos argumentos fueron desestimados, primero por el Tribunal Federal del Segundo Circuito y luego por la Corte Suprema, quien interpretó que las disposiciones sobre ejecución de la FSIA no brindan protección a la propiedad de un estado extranjero ubicada fuera de los EE.UU. Estas disposiciones sobre ejecución de la FSIA se refieren expresamente a la propiedad de un estado extranjero ubicada en suelo de los EE.UU., de manera que un tribunal estadounidense carece del poder para ejecutar cualquier propiedad ubicada fuera de los Estados Unidos.¹²⁹

En relación a la *discovery order*, el juez Griesa hizo lugar a la solicitud de NML Capital de una orden de *discovery* sobre las cuentas bancarias

¹²⁶ *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, 727 F.3d 230, 243 (2d Cir. 2013), cert. denied, 134 S. Ct. 2819 (2014).

¹²⁷ *Petition for Writ of Certiorari, Exch. Bondholder Grp. v. NML Capital Ltd.*, 134 S.Ct. 2819 (16/06/2014) (N° 13-991).

¹²⁸ *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 134 S. Ct. 2819 (16/06/2014) (No. 13-990). *Exch. Bondholder Grp. v. NML Capital, Ltd.*, 134 S. Ct. 2819 (16/06/2014) (No. 13-991).

¹²⁹ *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 134 S. Ct. 2819, p. 2257.

de Argentina para servir como un "centro de intercambio de información" para apoyar los esfuerzos de NML Capital para encontrar activos argentinos. Las posteriores sentencias confirmatorias del Tribunal Federal del Segundo Circuito y la Corte Suprema encontraron que la FSIA no limitaba la capacidad de un tribunal de ordenar un *discovery* con respecto a los activos de un estado extranjero con propósitos de ejecución de una sentencia.

Al sostener que la FSIA no limita la discreción de un tribunal para ordenar el *discovery* posterior a la sentencia, el fallo en NML Capital cambia la doctrina judicial ya asentada por los Tribunales del Quinto, Séptimo, y Noveno Circuito, quienes interpretaron que ésta requería un enfoque restringido para el otorgamiento de una orden de *discovery* posterior a la sentencia. En una decisión que enfatiza los límites de la FSIA sobre la inmunidad de ejecución de los activos estatales extranjeros, el Tribunal del Quinto Circuito declaró que el *discovery* debería otorgarse "con circunspección" y sólo para verificar las acusaciones de hechos específicos y cruciales para la determinación de la inmunidad.¹³⁰ El Noveno Circuito recurrió a este mismo lenguaje para aprobar el *discovery* en relación a la ejecución de una sentencia bajo el FSIA.¹³¹ Por su parte, el Séptimo Circuito revocó la orden de un tribunal inferior que otorgó el *discovery* para obtener información sobre todos los activos de propiedad iraní dentro de los EE. UU., encontrando que tal orden es incompatible con el texto de la FSIA.¹³² Razonó que la normativa estaba destinada a proteger a los estados extranjeros del costo del *discovery*¹³³ y enfatizó que las excepciones de la misma a la inmunidad de ejecución son más estrictas que aquellas reguladas para la inmunidad de jurisdicción.¹³⁴

La decisión en NML Capital parte del presupuesto que no hay protección para un estado extranjero a menos que la FSIA lo prevea, concluyendo que el silencio de ésta debe entenderse a favor de no imponer

¹³⁰ *Conn. Bank of Commerce v. Republic of Congo*, 309 F.3d 240 (5th Cir. 2002), p. 260.

¹³¹ *AF-Cap, Inc. v. Chevron Overseas (Congo) Ltd.*, 475 F.3d 1080, (9th Cir. 2007), pp. 1096 a 97.

¹³² *Rubin v. Islamic Republic of Iran*, 637 F.3d 783, 796-99 (7th Cir. 2011), p. 785.

¹³³ *Rubin v. Islamic Republic of Iran*, 637 F.3d 783, 796-99 (7th Cir. 2011), p. 795.

¹³⁴ *Rubin v. Islamic Republic of Iran*, 637 F.3d 783, 796-99 (7th Cir. 2011), pp. 795 a 796.

límites al poder de un tribunal de los EE.UU. de ordenar el *discovery* de la propiedad de un estado extranjero y sugiere que la FSIA no concede protección extraterritorial alguna a la propiedad de un estado extranjero. La doctrina jurídica norteamericana se ha manifestado contraria a este enfoque por entender que resulta inconsistente con la estructura básica de la FSIA, que reglamenta la inmunidad absoluta, sujeta únicamente a excepciones especificadas en el texto codificador. En su decisión en *Amerada Hess*¹³⁵, la USSC determinó que la FSIA es la "única base para obtener jurisdicción sobre un estado extranjero" en un tribunal de los EE.UU., lo cual significa que la única forma en que un demandante puede iniciar una demanda contra un estado extranjero en un tribunal de EE.UU. es recurriendo a alguna de las excepciones a la inmunidad de jurisdicción regulada por la misma. Para la doctrina norteamericana la interpretación del silencio de la FSIA contra el estado extranjero, como el realizado en el caso *NML Capital* está en contradicción con lo expresado en la sentencia *Amerada Hess*¹³⁶. La relectura de la norma realizada por la Corte Suprema en *NML Capital* subvierte el propósito más amplio de la FSIA, proteger a los estados extranjeros en general de los inconvenientes de litigios en el tribunal de los Estados Unidos, lo cual ha sido reconocido en una profusa doctrina judicial de las distintas instancias judiciales¹³⁷ incluidos pronunciamientos de la Corte Suprema.¹³⁸

La interpretación que hace en el caso *NML Capital* de la FSIA, conduce al resultado absurdo que la propiedad de un estado extranjero, que se encuentra fuera del territorio de los EE.UU. y que no está sometida a la jurisdicción de los tribunales de los EE.UU., no goza de protección frente a mandatos de cumplimiento librados por un juez de los EE.UU., ya que estos cuentan con efectos extraterritoriales.

Mantener el alcance extraterritorial de la orden de *discovery* plantea problemas de separación de poderes. La orden en cuestión, en favor

¹³⁵ *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428.

¹³⁶ *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428.

¹³⁷ Por ejemplo en *Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 627 F.3d 1117, (9th Cir. 2010); *Kelly v. Syria Shell Petroleum Development B.V.*, 213 F.3d 841, 849 (5th Cir. 2000); *United States v. Moats*, 961 F.2d 1198, (5th Cir. 1992); *Rush-Presbyterian-St. Luke's Med. Ctr. v. Hellenic Republic*, 877 F.2d 574, (7th Cir. 1989).

¹³⁸ *Dole Food Co. v. Patrickson*, 538 U.S. 468, (2003); *Verlinden B.V. Central Bank of Nigeria*, 461 U.S. 480, (1983).

de NML Capital, resulta perturbadora a la sensibilidad de los estados extranjeros, porque implica una medida jurisdiccional con alcance internacional. Como los autores del *Restatement (Third) of Foreign Relations Law* han observado, ningún aspecto de la extensión del sistema legal de norteamericano más allá de las fronteras territoriales del país ha dado lugar a tanta fricción como las solicitudes de documentos en investigación y litigio en EE.UU.¹³⁹

Como observó el gobierno norteamericano en su presentación oral en NML Capital, incluso si es poco probable que Estados Unidos se convierta en un "deudor moroso"¹⁴⁰, el gobierno federal tiene interés en garantizar que los tribunales extranjeros se abstengan de algún día emitir órdenes comparables al *discovery* en busca de información sobre la ubicación de las reservas de EE. UU., para servir como un "centro de intercambio de información" con respecto a la propiedad del gobierno de los EE.UU. en todo el mundo.¹⁴¹ El hecho de que la orden de *discovery* era dirigido a terceros no elimina preocupaciones.

Por otra parte, según lo resultó por el juez Griesa, la *injunction order* tiene efectos extraterritoriales. Esto es así, no sólo por el alcance de la orden a terceras partes, sino también porque el efecto que la medida judicial tiene sobre las mismas a fin de obligar a Argentina a usar sus reservas financieras, propiedad protegida por inmunidad que no se encuentra dentro del territorio de EE. UU., para pagar NML Capital. La orden emitida por el juez de distrito Griesa se aplicaba a todos los titulares de bonos de la deuda reestructurada, ya sea que se encontraran en los EE.UU. o en el extranjero, a las cámaras de compensación europeas, y a los agentes de estas partes. Euroclear S.A./N.V., una de las partes afectadas por la *injunction order*, argumentó en una presentación *amicus curiae* ante la Corte Suprema, que la orden judicial entraba en conflicto directo con la legislación belga, promulgada para proteger a empresas como Euroclear frente a una eventual orden de embargo, o cualquier medida que impidiera el correcto funcionamiento de Euroclear.¹⁴²

¹³⁹ *Restatement (Third)*..., en § 442.

¹⁴⁰ *U.S. Oral Argument*, (Presentación oral de los EE.UU.), p. 19.

¹⁴¹ *U.S. Oral Argument*, (Presentación oral de los EE.UU.), p. 19.

¹⁴² *Brief of Amicus Curiae Euroclear Bank SA/NV in Support of Petitioner*, pp. 9 a 10; *Petition for certiorari* (No. 13-990) (24/03/2014).

Además de su impacto en terceros, la *injunction order* tiene como objetivos los activos argentinos en el exterior. La orden no le deja a Argentina más que dos alternativas, usar sus activos para pagar NML Capital o caer en default. Todo ello bajo amenaza a los participantes del sistema de pago internacional con sanciones por desacato si procesan pagos de Argentina en desafío a la medida judicial. La probabilidad es extremadamente baja de que los participantes en el sistema de pago internacional, especialmente aquellas instituciones que operan en Nueva York, se arriesguen a ser sancionadas por desacato por el tribunal.¹⁴³

Con lo dicho, la *injunction order* deja a Argentina sólo dos opciones: pagar a NML, o no pagar a nadie y el incumplimiento de los bonos de intercambio. Incumplir en la deuda reestructurada no sólo es un fracaso para Argentina sino también irrevocablemente perjudica a los tenedores de bonos de cambio, e incluso a la economía global en general.¹⁴⁴ Como observó Joseph Stiglitz era la primera vez en la historia que un país estaba listo y dispuesto a pagar a sus acreedores, pero

¹⁴³ *Supplemental Declaration of Stephen Choi in the United States Court of Appeals for the Second Circuit, Petition for Writ of Certiorari*, paras. 12 a 15; *Exch. Bondholder Grp. v. NML Capital Ltd.*, 134 S.Ct. 2819 (June 16, 2014) (No. 13-991), *Appendix C*.

Tal como observó el representante del Gobierno de los EE.UU en la declaración ante al Segundo Circuito, que incluso si Argentina quisiera desafiar la orden judicial, el estado demandado no cuenta con medios para pagar a los tenedores de bonos de cambio fuera del sistema de pago existente. Las cámaras de compensación (*Depository Trust Company, Euroclear S.A./N.V.*, y *Clearstream Banking S.A.*) están obligados a cooperar con Argentina para alterar el mecanismo de pago. Además no sería posible que Argentina obtuviese información de manera independiente sobre las identidades y tenencias de los titulares de los Bonos de Intercambio. Asimismo, si las cámaras de compensación cooperasen con Argentina a pagar a los tenedores de bonos que se encuentren en el exterior, dejando de lado a los tenedores de bonos residentes en EE.UU., técnicamente Argentina entraría en default. El fideicomisario de conformidad con el contrato de fideicomiso de los bonos de cambio, Bank of New York Mellon, está igualmente obligado a ayudar a Argentina a desafiar la orden y, en especial, está obligado a proteger los intereses de los tenedores de bonos de la deuda reestructurada, no los de Argentina en particular.

¹⁴⁴ *Petition for Writ of Certiorari, Declaration of Stephen Choi in the United States Court of Appeals of the Second Circuit, Appendix B*, paras. 19 a 22.

fue bloqueado por un juez. En última instancia, el fallo del juez Griesa tendrá un alto precio, afectando no sólo a Argentina sino también a la economía global y a los países que necesitan acceso a financiamiento externo.¹⁴⁵

7. CONSIDERACIONES FINALES

Del análisis realizado en el presente capítulo en relación a los preceptos establecidos por la FSIA, sumado a la profusa cantidad de fallos emitidos por los diferentes tribunales de los EE.UU. desde su entrada en vigencia, se puede colegir que la voluntad de estas jurisdicciones de convertirse en tribunales internacionales, no ha quedado en un mero anhelo, sino que en la práctica ello es una realidad, la cual es tolerada y, porque no, sufrida por la casi totalidad de los estados de la Comunidad internacional.

En el caso particular que involucra la cuestión de la deuda externa argentina, su cobro compulsivo por vía judicial y las implicancias que esto ha traído no sólo para Argentina sino para el mundo financiero internacional, ha planteado una cantidad de cuestionamientos que permiten avizorar cambios significativos en el pensamiento jurídico.

La interpretación amplia realizada por las distintas instancias judiciales intervinientes en el caso NML Capital contra Argentina sobre la disponibilidad de medidas cautelares contra un estado extranjero, en oposición a la doctrina establecida por la USSC contra la extraterritorialidad de tales medidas, contraviene la intención de la FSIA, tal como lo ha remarcado mayoritariamente la doctrina iuspublicista estadounidense. Posición sostenida además por el propio gobierno de los EE.UU.

Se ha resaltado que la FSIA tiene la intención de proporcionar a los estados extranjeros una defensa, así como protección frente a los inconvenientes del litigio en general. Por otra parte, las excepciones a la inmunidad de ejecución contempladas en la FSIA están más estrechamente definidos que aquellas a la inmunidad de jurisdicción y por último,

¹⁴⁵ STIGLITZ, Joseph E., GUZMAN, Martin, *Argentina default? Griesa fault is much more accurate*, The Guardian (07/08/2014), <http://www.theguardian.com/business/2014/aug/07/argentina-default-griesafault-more-accurate>.

la propiedad del estado extranjero ubicada fuera del territorio de EE.UU. no puede ser objetivo de medidas judiciales con efecto extraterritorial para fines de ejecución¹⁴⁶.

Los tribunales de EE.UU. tradicionalmente han sido cautelosos al emitir órdenes judiciales contra estados extranjeros demandados. Incluso en casos que involucran a demandados privados, los jueces estadounidenses han invocado la presunción contra la extraterritorialidad como base para limitar el otorgamiento de medidas cautelares¹⁴⁷.

Y si bien se encuentran casos en los cuales los tribunales han interpretado que la FSIA permite a un juez norteamericano emitir una orden judicial contra un estado extranjero, incluso sanciones por desacato cuando un estado extranjero hubiere violado un mandato judicial,¹⁴⁸ tales acciones colisionan con la cortesía internacional, que en el sistema jurídico norteamericano es la doctrina que rige las relaciones internacionales, especialmente cuando el requerimiento judicial tiene alcance extraterritorial.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Halverson Cross, Karen, *The Extraterritorial Reach of Sovereign Debt Enforcement*, "Berkeley Business Law Journal", Vol. 12, N° 1, 2015, p. 117.

¹⁴⁷ *Vanity Fair Mills v. T. Eaton Co.*, 234 F.2d 633 (2d Cir. 1956). En el caso, una decisión que involucra al alcance extraterritorial de la *Lanham Trade-Mark Act* (15 U.S. C.A. §§ 1051-1127, 60 Stat. 427), expresó que si bien un tribunal cuenta con jurisdicción personal sobre una parte tiene poder para prohibirle que realice actos, este poder debe ser ejercido con gran renuencia cuando resulte difícil garantizar el cumplimiento de cualquier medida judicial o cuando el ejercicio de tal poder está plagado de posibilidades de discordia y conflicto con las autoridades de otro país.

¹⁴⁸ *Agudas Chasidei Chabad of United States v. Russian Federation*, 915 F. Supp. 2d 148, 154-55 (D.D.C. 2013); *Autotech Technologies LP v. Integral Research & Dev. Corp.*, F.3d 737, 744 (7th Cir. 2007), donde se sanciona a un estado extranjero por incumplir con una orden de injunction; *FG Hemisphere Associates v. Democratic Republic of Congo*, 637 F.3d 373, 378-79 (D.C. Cir. 2011), imponiendo sanciones a la República democrática del Congo por incumplir con una orden de discovery.

¹⁴⁹ En *Republic of the Philippines v. Westinghouse Elec. Corp.*, 43 F.3d 65 (3d Cir. 1994), pp. 77 a 79. El Tribunal Tercer Circuito anuló una orden del tribunal de distrito contra el Gobierno filipino. El tribunal consideró que el tribunal de distrito había interferido indebidamente con la aplicación del derecho interno del estado extranjero, en violación de los principios de cortesía internacional.

Prueba de lo dicho, la resolución en *Agudas Chasidei Chabad of United States v. Russian Federation*¹⁵⁰ exterioriza las complicaciones que se derivan en las relaciones exteriores entre los estados por medidas cautelares emitidas contra un estado extranjero. En el caso, un juez del Distrito Federal ordenó a la Federación Rusa y a su Ministerio de Cultura acatar una orden judicial en su contra que ordenaba devolver papeles religiosos raros y otros objetos que supuestamente se apropió de los demandantes, una organización religiosa. El tribunal, ante la negativa de la parte demandada a cumplir con lo ordenado, impuso sanciones por desacato de US\$ 50.000 al estado ruso por cada día de incumplimiento a la orden de la Corte. La presentación de los EE.UU. se opuso a la imposición de sanciones por desacato, advirtiendo del posible impacto que tal medida tendría en los intercambios culturales en curso entre el país y Rusia, instando a que la disputa se resolviera a través de canales diplomáticos. El tribunal no estuvo de acuerdo y emitió la sanción de todos modos. Como resultado de la decisión contra Rusia, el Ministerio de Cultura del estado demandado presentó una petición de represalia contra la Biblioteca del Congreso de los EE.UU. en sede judicial rusa, en busca de recuperar libros dados en préstamo a la Biblioteca.¹⁵¹ El resultado negativo del caso *Agudas Chasidei Chabad* ilustra por qué los canales diplomáticos pueden ser preferibles a las órdenes judiciales para resolver demandas contra estados extranjeros.

En sus presentaciones *amicus curiae* ante el Tribunal del Segundo Circuito y ante la Corte Suprema en *NML Capital*, los EE.UU. también argumentaron que tanto la orden de *discovery* como la de *injunction* resultaban perjudiciales para las relaciones internacionales con otros estados extranjeros.¹⁵² La Corte Suprema en el caso *NML Capital* desestimó tales preocupaciones.¹⁵³ La actitud seguida por este tribunal contrasta

¹⁵⁰ 915 F. Supp. 2d 148 (D.D.C. 2013).

¹⁵¹ TARSIS, Irina, VARNER, Elizabeth, *Reviewing the Agudas Chasidei Chabad v. Russian Federation, et al. Dispute*, "ASIL INSIGHTS", Vol. 18, N° 8. 19/03/2014. www.asil.org/insights/volume/18/issue/8/reviewing-agudas-chasidei-chabad-v-russian-federation-et-al-dispute.

¹⁵² *Brief for the United States as Amicus Curiae in Support of Reversal*, 699 F.3d 246 (No. 12-105-cv(L)), pp. 28-29; *Brief for the United States as Amicus Curiae in Support of Petitioner, Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 134 S. Ct. 2250, 2256 (2014) (No. 12-842), pp. 18 a 22.

¹⁵³ *Exch. Bondholder Grp. v. NML Capital, Ltd.*, 134 S. Ct. 2819, 2258 (16/06/2014) (N° 13-991).

considerablemente con su jurisprudencia en casos que involucran a demandados privados donde acogió las preocupaciones del gobierno de los EE.UU. por la observancia de la cortesía internacional¹⁵⁴.

Las implicaciones de la interpretación de la USSC de la FSIA plasmada en la sentencia en *NML Capital* generan preocupación para cualquier estado extranjero que enfrente la perspectiva de una *injunction order* o similar que afecte su propiedad. La nueva interpretación implica que la FSIA no la protege, dejándola en situación de vulnerabilidad frente a las órdenes de ejecución con alcance extraterritorial emitidas por tribunales de los EE.UU.

¹⁵⁴ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659 (2013), *Microsoft Corp. v. AT&T Corp.*, 550 U.S. 437, 455 (2007); *Daimler AG v. Bauman*, 134 S.Ct. 746 (2014).

CAPÍTULO 6

LA INMUNIDAD DEL ESTADO EXTRANJERO EN EL DERECHO DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA Y LA CRISIS DE DEUDA ARGENTINA

Gustavo Carrizo Adris

1. LAS NORMAS JURÍDICAS DEL DERECHO ALEMÁN

En el Derecho alemán la inmunidad de jurisdicción del estado extranjero encuentra su base normativa en la Ley Fundamental (Grundgesetz - GG) (Constitución de la República Federal de Alemania desde 1949) en su art 25 [Derecho internacional y Derecho federal] regula que “Las reglas generales del Derecho internacional público son parte integrante del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal.”¹ De manera que los principios generales del derecho y la costumbre internacional, fuentes del derecho internacional, según el derecho constitucional alemán califican como reglas generales del derecho internacional público contempladas en la norma constitucional alemana.²

El art. 4 de la Segunda Ley por la que se enmienda la Ley del Registro Central Federal (*Zweites Gesetz zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes*) parafraseando el §20 (2) de la Ley orgánica del Poder Judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz*)³ recepta las normas generales de derecho internacional que regulan la inmunidad de los estados y sus funcionarios.

(1) “La jurisdicción de los tribunales alemanes no se extiende a los representantes de otros estados y sus allegados que comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la presente Ley por invitación oficial de la República Federal de Alemania.

¹ Deutscher Bundestag, *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, Edición del texto actualizado hasta octubre de 2010.

² RUDOLF, Beate, HÜFKEN, Nina, *Joined Case Nos. 2 BvM 1-5/03 & 2 BvM 1-2/06*. 60 *Neue Juristische Wochenschrift* 2610 (2007), “AJIL”, Vol. 101, oct. 2007, p. 862.

³ <http://www.gesetze-im-internet.de/gvg/> consultado 10-09-2017.

(2) En otros aspectos, la jurisdicción de los tribunales alemanes no se extiende a otras personas además de las mencionadas en el párrafo (1) y en el §18 [sobre agentes diplomáticos] y el §19 [sobre funcionarios consulares] en la medida en que estas personas estén exentas de ello de conformidad con las normas generales del derecho internacional, sobre la base de acuerdos internacionales u otras disposiciones de la ley”.

La República Federal de Alemania ratificó la Convención Europea sobre inmunidad de jurisdicción. Como acto previo a dicha ratificación, el Parlamento federal dictó una ley⁴ para la cual previamente se emitió un Informe y Recomendación sobre el proyecto del Gobierno de ley del Parlamento requerida por el art. 59 (2) cláusula 1 de la Ley Fundamental para autorizar al Gobierno federal a ratificar del Convenio Europeo sobre inmunidad de los estados, firmado en Basilea el 16/05/1972. En este Informe del Comité jurídico del *Bundestag* alemán (*Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages*) adhiere a la teoría de inmunidad relativa.

Los expertos entienden que la inmunidad de jurisdicción de los estados extranjeros es como un principio reconocido internacionalmente del derecho internacional consuetudinario, salvaguardado por la reciprocidad. Con el tiempo, sin embargo, la práctica internacional y nacional, así como la doctrina jurídica, se han alejado de la inmunidad absoluta de los estados extranjeros. De acuerdo con la teoría de la inmunidad relativa o limitada, un estado solo gozará de inmunidad con respecto a los actos soberanos, pero no con respecto a los actos de derecho privado. “La aplicación cierta y armoniosa de este principio ya bien establecido todavía no está asegurada, debido a la falta de acuerdos suficientemente definidos. Por lo tanto, el Convenio Europeo sobre Inmunidad de los estados establece normas generales que especifican el alcance de la inmunidad de jurisdicción de que disfruta un estado frente a los tribunales de otros estados.”⁵

Finalmente y dentro de esta línea, en ocasión del conflicto planteado ante los tribunales de Grecia por ciudadanos griegos víctimas

⁴ *Bundesgesetzblatt* (Boletín oficial) 1990, Part II, p. 34.

⁵ *Report and Recommendation on the Government draft of Act of Parliament required by Article 59 (2) clause 1 of the Basic Law (for the text see infra under Additional Information) to enable the Federal Republic of Germany to ratify the European Convention on State Immunity of 1972 (ETS No. 74).* Deutscher Bundestag, 11. Wahlperiode, Drucksache 11/5132, p. 1, letra A.

de la ocupación alemana durante la 2da Guerra mundial⁶ el Poder ejecutivo federal a través del Ministerio de Relaciones Exteriores mediante una nota verbal aclara la posición de Alemania sobre la inmunidad estatal. Allí establece que "los recursos presentados ante los tribunales griegos por ciudadanos griegos contra la República Federal de Alemania por actos ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial son contrarios al derecho internacional y, por lo tanto, deben declararse inadmisibles. En derecho internacional, el principio fundamental de la inmunidad del estado excluye la realización de procedimientos en los tribunales del estado del foro cuando el recurso se refiere a la actividad del estado extranjero en relación con el ejercicio de su soberanía (*acta iure imperii*)⁷.

En cuanto a la inmunidad de los estados extranjeros en los procedimientos de ejecución ante la jurisdicción alemana son de aplicación las reglas generales del derecho internacional receptadas en el ya mencionado art. 25 de la Ley Fundamental⁸.

Completan el ordenamiento jurídico alemán las normas convencionales de derecho internacional ya que la República Federal de Alemania es estado signatario de la Convención europea sobre inmunidad del estado⁹ (16/05/1972) y ratificante (15/05/1990).¹⁰

⁶ *Prefecture of Voiotla V. Federal Republic of Germany*. Caso N° 11/2000. Areios Pagos (Corte Suprema de Grecia), 4/05/2000. GAVOUNELI, Maria, BANTEKAS, Ilias, *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*. Case N° 11/2000, AJIL, Vol. 95, N° 1, 2001, pp. 198-204.

⁷ Bundesregierung (Federal Government), *Verbal note from the Federal Government of Germany to the Embassy of the Republic of Greece concerning Greek Court decisions dealing with claims for compensation against Germany in connection with the German occupation during World War II*. Grote, *Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland* 1995, III, 18 (www.virtual-institute.de/de/prax1995/praxb95_.cfm); Röben, *Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland* 1996, III, 18 (www.virtual-institute.de/de/prax1996/pr96_.cfm). Ver también Gerhard Hafner, Marcelo G. Kohen, Susan Breau, *State practice regarding state immunities - La pratique des états concernant les immunités des états*, ed. Council of Europe, 2006, p. 109.

⁸ BVerfGE 46, 342 2 BvM 1/76 *Philippinische Botschaft*.

⁹ En vigor desde el 16 de agosto de 1990.

¹⁰ https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/074/signatures?p_auth=Reaozc3x

2. LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ALEMANES

a. PRINCIPIO DE IGUALDAD SOBERANA DE LOS ESTADOS

El principio de igualdad soberana de los estados ha sido afirmado por la jurisprudencia de los tribunales alemanes. Mediante sentencia del 13 diciembre de 1977 la Corte Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht - BVerfGE) tiene establecido que:

14. El principio de la igualdad soberana de los estados es un principio constitutivo del derecho internacional general contemporáneo, que, en todo caso en el ámbito de las transacciones diplomáticas de los estados, exige una igualdad formal de trato de gran alcance. El trato diferenciado de los estados en la esfera de la inmunidad diplomática de acuerdo con su capacidad económica respectiva sería incompatible con ello¹¹.

La revisión legal por los tribunales de los actos de soberanía resulta incompatible con el principio de la igualdad soberana de los estados.¹²

b. INMUNIDAD ABSOLUTA O INMUNIDAD RELATIVA

Antes de 1945 la jurisprudencia de los tribunales alemanes concedía a los estados extranjeros inmunidad de jurisdicción absoluta así como de ejecución, en el entendimiento que una norma de derecho internacional consuetudinario obligaba a hacerlo¹³.

¹¹ BVerfGE 46, 342 2 BvM 1/76, *Philippinische Botschaft*.

¹² BGH v. 08.03.2016 - VI ZR 516/14.

<https://datenbank.nwb.de/Dokument/Anzeigen/620381/>. Asimismo las decisiones de la Corte Constitucional Federal de 6/12/2006 - 2 BVM 03/09, BVerfGE 117, 141, 152 f; 17/03/2014 - 2 BvR 736/13, NJW 2014, 1723 Rn 19 f; 26/09/1978 - VI ZR 267 / 76, NJW 1979, 1101.

¹³ *Königlich preußischer Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte*, Sentencia del 25/07/1910, JbÖffR V [1911] 252 ff. - Hellfeld-Fall; *Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte*, Decisión del 29/05/1920, JW 1921, S. 773 f.; Decisión del 04/12/1920, JW 1921, S. 1480 f. Decisión del 12/03/1921, JW 921, S. 1481 ff. En sentido contrario se tiene noticia de un solo caso *OLG Hamburg*, Sentencia del 30/05/1923, publicada en el *Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht*, 1923, Sp. 615 ff.

c. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO COMO ELEMENTO PARA DISTINGUIR ENTRE ACTOS DE *IURE IMPERII* Y ACTOS DE *IURE GESTIONIS*

Los tribunales alemanes recurrieron a la naturaleza jurídica del acto para establecer la distinción entre actos de *iure imperii* y actos de *iure gestionis* para afirmar la inmunidad de jurisdicción en favor del estado extranjero.

Así se entiende que un estado extranjero está sujeto a la jurisdicción alemana, siempre que la disputa legal no se refiera a una acción estatal de naturaleza soberana. Ello precisa la declaración de que el acto atribuible al estado no responde a aquella naturaleza¹⁴.

La Corte federal de justicia (*Bundesgerichtshof* – BGH) sostiene que “la distinción entre actividad estatal soberana y no soberana no se basa en su motivo o propósito; tampoco se puede hacer de acuerdo a si la actividad está claramente relacionada con las funciones soberanas del estado. Esto se desprende del hecho de que la actividad de un estado sirve, en la mayoría de los casos, al cumplimiento de propósitos y tareas soberanas y está en un contexto reconocible con ellos. Decisivo para la distinción es la naturaleza de la acción del estado o la relación jurídica resultante. Depende de si el estado extranjero ha actuado en el ejercicio de su soberanía y, por lo tanto, bajo el derecho público o como persona privada, es decir, de derecho privado¹⁵.”

El principio de inmunidad de jurisdicción ya no es absoluto¹⁶. En el procedimiento de reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción en favor del estado extranjero se establecerá si el acto es un acto soberano (acta *iure imperii*), o participa en la actividad económica como particular (acta *iure gestionis*).¹⁷ La definición de si se trata de un acto soberano o no de la actividad económica privada, se realizará de acuerdo a la ley

¹⁴ BGH, Urteil von 24.03.2016, Az.: VII ZR 150/15. *Passivlegitimation eines ausländischen Staates bei einem nicht hoheitlichen Rechtsstreit und dem Vorliegen eines dem Staat zurechenbaren Handelns*. JurionRS 2016, 15521.

¹⁵ BGH v. 08.03.2016 - VI ZR 516/14 parr. 1.a.

¹⁶ GENIUS, Barbara, *Staatenimmunität und Eröffnung der deutschen Gerichtsbarkeit*, JurisPR-BGHZivilR 11/2016 Anm. 4.

http://www.bghanwalt.de/veroeffentlichungen/vo_bg_021.htm (visitado en 2017)

¹⁷ BVerfG, decisión. V. 03/17/2014 - 2 BvR 736/13 - NJW 2014, 1723 Rn 19; BGH, 01.30.2013 - III ZB 40/12 - NJW, 2013, 3184 Rn 11.

del estado del foro¹⁸ y para lo cual no se consideran el motivo o la finalidad, sino el tipo o naturaleza de la acción del estado o evaluado la relación jurídica en disputa.¹⁹

d. PERSONAS JURÍDICAS CON PARTICIPACIÓN ESTATAL MAYORITARIA

Por sentencia dictada en el caso entre la Compañía Nacional de Petróleo iraní contra Empresas británicas y estadounidenses (12/04/1983)²⁰, por ejecución en cuentas bancarias, la Corte Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) rechaza un recurso interpuesto por la empresa Compañía Nacional de Petróleo iraní, constituida de conformidad al Derecho iraní bajo la forma de sociedad anónima perteneciente a la República Islámica de Irán, que objetó la retención de deudas en cuentas bancarias llevadas a cabo en virtud de decisiones de Tribunales alemanes (solicita-dos por empresas del Reino Unido y los Estados Unidos).

El juez constitucional federal alemán estableció la distinción entre el estado soberano y las entidades jurídicas del derecho privado creadas por aquel al señalar que "no existe un principio de derecho internacional que requiera el tratamiento de un estado extranjero como propietario de las sumas por cobrar en cuentas abiertas en los bancos en el estado del foro y administradas en nombre de una empresa del estado extranjero con capacidad legal.

Declaró que la sociedad no tenía la calidad de estado soberano sino que era una entidad legal distinta del estado extranjero regida por el derecho privado iraní. Esto es así independientemente de si los fondos que aparecen en la cuenta están a disposición de la empresa o de que, de conformidad con la legislación extranjera, están destinados a ser transferidos a una cuenta en poder del estado extranjero con su banco central. El juez constitucional alemán establece entonces una clara diferencia entre el estado soberano y las personas jurídicas creadas éste bajo el Derecho privado²¹.

¹⁸ BVerfG, decisión 17/03/2014 - 2 BvR 736/13 Rn 21; BGH. Accel v 01.10.2009 - . VII ZB 37/08 - NJW 2010, 769 Rn 24.

¹⁹ BGH, resolución de 30.01.2013 - III ZB 40/12 - NJW 2013, 3184 marginal 11.

²⁰ BVerfGE 64, 1 2 BvR 678, 679, 680, 681, 683/81, Nomos Verlagsgesellschaft.

²¹ BVerfGE 64, 1 2 BvR 678, 679, 680, 681, 683/81, Nomos Verlagsgesellschaft.

e. CONTRATO DE TRABAJO

En materia de derecho laboral, mediante dos casos derivados de conflictos por relaciones de contrato de trabajo, el juez alemán planteó la distinción entre actos de *iure imperii* y actos de *iure gestionis* a partir de la naturaleza del acto.

i.

El Tribunal laboral federal (*Bundesarbeitsgericht*)²² declaró que la distinción entre los actos de autoridad (*acta iure imperii*) y los actos de gestión (*acta iure gestionis*) no se basaba en el objeto de la actividad sino en su naturaleza; sin embargo, cabe una excepción especial, cuando un acto debía caracterizarse como un acto de autoridad si estaba dentro del ámbito de la soberanía. En ese caso resultaba irrelevante saber si la relación laboral en cuestión se basaba en un contrato de derecho privado o en un acto soberano:

La accionante, nacional argentina y ex empleada del Consulado General de Argentina en Alemania, considerando que la terminación de su contrato de trabajo era nula y sin efecto, demanda con el fin de obtener una indemnización mediante una declaración de que su contrato de trabajo continuó. El estado demandado invoca inmunidad de jurisdicción. El tribunal sostiene que habiendo evaluado la solicitud de inmunidad con arreglo a las normas generales del derecho internacional, el derecho internacional consuetudinario excluye la posibilidad que los tribunales alemanes intervengan en actos de soberanía de estados extranjeros, pero no en actos de gestión. La distinción no se basa en la motivación o el propósito del acto, sino en su naturaleza opera de acuerdo con la ley del estado del foro. Según la legislación alemana, los contratos de trabajo son contratos de derecho privado, pero el caso pendiente se refiere a actos de *iure imperii* que quedan fuera de la jurisdicción de los tribunales alemanes ya que la querellante realizó funciones consulares (emisión de pasaportes y visados para Argentina). Estas funciones afectan la esencia misma de la soberanía de un estado.

“Aunque los contratos de trabajo se consideran contratos de derecho privado en Alemania, incluso si se celebran en nombre

²² *Bundesarbeitsgericht* (Tribunal Federal del Trabajo), Ciudadana argentina (ex empleada del Consulado General de Argentina) c. República Argentina. 03/07/1996, *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, Vol. 83, p. 262 y ss.

*de un estado, el caso pendiente se refiere a un acto de autoridad fuera de la jurisdicción de los tribunales alemanes. El motivo es que la demandante desarrollaba a cabo funciones consulares (por ejemplo, hacía pasaportes y visados argentinos). Estas funciones están en el centro de la soberanía. El principio de la inmunidad del estado protege a los estados extranjeros de la injerencia de los tribunales alemanes en sus funciones soberanas. Si un empleado ejerce funciones soberanas como agente consular de un estado extranjero, el análisis del despido de ese empleado por los tribunales alemanes sería una injerencia en las funciones consulares de ese estado y, por lo tanto, iría en contra del principio *ne impediatur legatio*.”*

La Corte basó su parecer en el respeto de la soberanía de un estado extranjero, en el principio de la no injerencia en las funciones soberanas de un estado extranjero y en el principio de *ne impediatur legatio*. La participación del empleado en funciones soberanas del estado extranjero fue decisiva en esta decisión. Sin embargo, el Tribunal no considero en su resolución la circunstancia que el dependiente fuera nacional del estado empleador.

ii.

Otro caso ante el *Bundesarbeitsgericht*²³, (2001) que merece ser considera tuvo lugar como consecuencia de la rescisión de la relación laboral entre la Embajada de Bélgica en Alemania y su empleada de nacionalidad alemana por mal uso del sello de la Embajada para fines privados. La demandante, funcionaria despedida, desarrollaba tareas en una oficina auxiliar de la representación diplomática.

El tribunal, basándose en el art. 31 de la Convención Europea sobre Inmunidad de los estados, que da prioridad a las Convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas y relaciones consulares, considera que el estado demandado no está sujeto a la jurisdicción de los tribunales alemanes.

Se deduce que la inmunidad de la que goza un estado extranjero tiene un alcance más amplio en el caso de disputas relacionadas con contratos de trabajo con el personal de sus embajadas y consulados que en el caso de disputas con otros empleados.

La Corte consideró que la demandante en realidad había estado a cargo principalmente de tareas consulares en la oficina auxiliar de la representación diplomática del Estado belga ya que estaba autorizada a firmar

²³ *Bundesarbeitsgericht*, 25/10/2001, *Betriebs-Berater* 2002, p. 787 y ss.

visas y usar el sello de la embajada. Ella también estaba en la lista de personal con delegación de firma.

f. CONTRATO DE SERVICIOS

El caso entre un Taller de reparación para instalaciones de calefacción contra la embajada del Imperio iraní (1963)” se originó a partir de la negativa de la demandada a pagar el trabajo de reparación realizado por la demandante en las dependencias de la Embajada de Irán en la ciudad de Colonia (Alemania). Basándose en el Art. 100 (2) de la Ley Fundamental, el Tribunal regional de Colonia eleva el caso a la Corte Constitucional Federal. Este tribunal afirmó con su sentencia el principio de inmunidad relativa en la jurisprudencia alemana al sostener que una norma de derecho internacional público que excluye a los tribunales nacionales de las acciones contra un estado extranjero por su actividad que es ajena al ejercicio de su soberanía no forma parte de la ley federal. El criterio de distinción entre la actividad bajo su soberanía y la que no depende de ella radica en la naturaleza de la acción del estado. La calificación de la actividad del estado, ya sea de autoridad pública o ajena al ejercicio de la soberanía, corresponde en principio a la legislación nacional²⁴.

g. ACTOS DE IURE IMPERII

De igual manera, ha sido la naturaleza del acto lo que permitió aseverar al juez alemán que la actividad del estado extranjero fuente de la controversia caía bajo la categoría de *acta iure imperii*.

i.

La Corte Suprema Federal (*Bundesgerichtshof*) recurrió a este criterio en el caso entre la Oficina de Cienciología de la Iglesia, organización religiosa con personalidad jurídica como asociación registrada en Alemania y el Director de la "New Scotland Yard" (1978).²⁵

²⁴ BVerfGE 16, 27 - *Iranische Botschaft*, „Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts“, Vol. 16, p. 27 *et seq.* En versión en inglés se encuentra “Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constitutional Court – Federal Republic of Germany, Volume I/1: International Law and Law of the European Communities 1952-1989”, 1992, p. 150 *et seq.*

²⁵ Bundesgerichtshof, Urt. v. 26.09.1978, Az.: VI ZR 267/76, „Neue Juristische Wochenschrift“, 1979, p. 1101 y ss.

La demandante interpuso una acción con el fin de obtener una medida definitiva contra el acusado, la New Scotland Yard, que publicó un informe sobre la Iglesia de la Cienciología en el que lo acusa de dedicarse a actos deshonestos en detrimento de sus miembros. Este informe, de conformidad con el Tratado de asistencia mutua en materia penal de 1961 entre el Reino Unido y la República Federal de Alemania, fue enviado a la Oficina Federal de Investigación Criminal (*Bundeskriminalamt*), quien a su vez lo transmitió a todas las oficinas de investigación penal de los *Länder* (*Landeskriminalämter*). El demandante argumentó que los cargos en su contra no eran ciertos. La acción fue rechazada ya que los tribunales alemanes no tienen jurisdicción en el caso debido a la inmunidad de jurisdicción del acusado. De acuerdo con la legislación alemana, el ejercicio de los poderes policiales corresponde, sin duda alguna, a la actividad soberana de los estados²⁶.

ii.

El Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*) también recurrió a la distinción ya mencionada en el caso entre un solicitante de asilo contra el Gobierno federal (1988)²⁷. En apoyo de su alegato, que argumentaba que las tropas indias cometieron matanzas indiscriminadas de individuos de la etnia tamil en Sri Lanka, un solicitante de asilo de este origen requiere que el Ministro de Defensa de la India sea sometido a un interrogatorio. La petición es rechazada debido a la inmunidad de jurisdicción del estado. En la apelación, el tribunal consideró que el testimonio del Ministro de Defensa de la India se relaciona con la misión, los motivos y los actos oficiales de las tropas indias desplegadas en Sri Lanka. Dado que estas cuestiones exteriorizan actos de soberanía, el Ministro no tenía la obligación legal de testificar, ni siquiera bajo una norma de derecho internacional. Ello es así porque los estados soberanos gozan de inmunidad de jurisdicción ilimitada en relación a sus actos de soberanía (*acta iure imperii*) de conformidad con el derecho internacional consuetudinario el cual obliga a los tribunales alemanes de conformidad con el art. 25 de la Ley Fundamental²⁸.

²⁶ Bundesgerichtshof, Urt. v. 26.09.1978, Az.: VI ZR 267/76, „Neue Juristische Wochenschrift“, 1979, p. 1101 y ss.

²⁷ BVerwG 9 CB 47.88, *JurionRS* 1988, 12833.

²⁸ *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1989, 261 y ss.

h. INMUNIDAD DE EJECUCIÓN DEL ESTADO EXTRANJERO

i.

En el caso la República de las Filipinas,²⁹ remitido por el Tribunal local de Bonn, según lo reglado en el Art. 100 (2) de la Ley Fundamental, al Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) 1977, el juez constitucional confirma la oposición presentada por la República de Filipinas contra el intento del propietario del inmueble de hacer valer, mediante el embargo de las cuentas bancarias de la Embajada de Filipinas, una sentencia en rebeldía dictada a favor de demandante por pago de alquileres atrasos y gastos de reparación de la propiedad. La Corte observa que un estado goza de inmunidad de ejecución para las cuentas bancarias de su representación diplomática, que están vinculadas a actos de soberanía (*acta iure imperii*), lo cual es una exteriorización del principio *no impediatur legatio*.

De manera que las cuentas por cobrar de una cuenta bancaria ordinaria corriente de la embajada de un estado extranjero existente en el estado del foro y destinadas a cubrir los gastos y costos de la embajada no están sujetas a la ejecución por parte del estado del foro, y no pueden ser objeto de ejecución forzada en el estado del foro sin su acuerdo. Para otros reclamos o cuentas especiales, esto depende de la evidencia de su tratamiento como activos asignados a una actividad relacionada con el ejercicio de la soberanía o no. El derecho internacional general define muy ampliamente el área de protección reconocida para el estado extranjero. Además, pone énfasis en el peligro abstracto clásico y no en el riesgo particular de comprometer el funcionamiento de la representación diplomática³⁰.

ii.

Sobre la inmunidad de ejecución del estado extranjero, en una demanda contra Brasil del año 2000, el Tribunal de Distrito (*Landgericht*) de Frankfurt am Main entendió que de conformidad con las normas del Derecho internacional, los estados extranjeros gozan de inmunidad de ejecución

²⁹ BVerfGE 46, 342, *Philippinische Botschaft*.

³⁰ *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* Vol. 46, p. 342 y ss. Versión en inglés *Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constitutional Court – Federal Republic of Germany*, Vol. I/1: *International Law and Law of the European Communities 1952-1989* 1992, p. 358 y ss.

por sus bienes destinados a la realización de actos de soberanía, incluso cuando se encuentran en el estado del foro. En este caso, era un bono del Tesoro utilizado para equilibrar el presupuesto del Estado brasileño.

El demandado, acreedor del demandante la República federativa de Brasil, poseedor dos títulos ejecutivos contra el deudor, inició un procedimiento de ejecución que intenta adjuntar los reclamos del deudor contra un grupo de bancos que surgen de un bono del gobierno brasileño suscrito por los bancos. El deudor presentó una apelación especial solicitando una orden judicial declarando inadmisibile la ejecución contra estos reclamos.

Las demandas derivadas del bono emitido por el gobierno de Brasil contra el cual se dirige la acción del acreedor están exentas de ejecución porque sirven para equilibrar el presupuesto del Estado brasileño. Esto ha sido probado por la afirmación del ministro de finanzas brasileño en lugar de un juramento. Requerir más pruebas constituiría una interferencia ilícita en los asuntos internos de Brasil.³¹

La Corte observa que, de conformidad con una norma general de derecho internacional, los estados extranjeros gozan de inmunidad de ejecución. La ejecución en la propiedad de estados extranjeros que participan en una actividad relacionada con el ejercicio de su soberanía es inadmisibile, incluso si la propiedad está situada en un estado extranjero. Las deudas derivadas de la obligación del Gobierno y sujetas a la medida de ejecución gozan de inmunidad de ejecución porque sirven para equilibrar el presupuesto del Estado brasileño.

3. LOS CONFLICTOS POR LA DEUDA EXTERNA ARGENTINA ANTE LOS TRIBUNALES ALEMANES

Al igual que en otros países, acreedores, tenedores de bonos de la deuda externa argentina en default, iniciaron acciones ante las jurisdicciones locales a fin de obtener ampara frente al incumplimiento de los pagos consecuencia de la declaración de insolvencia realizada por Argentina.

Los reclamos contra un estado extranjero para el pago en el estado de residencia del acreedor es, sin duda, una de las tareas más exigentes

³¹ *Recht der Internationalen Wirtschaft* 2001, p. 308 y ss.

de dilucidar para todo agente del derecho³². Los casos contra Argentina por el cobro de de su deuda no han sido los únicos planteados ante los tribunales alemanes.

En años recientemente, los tribunales alemanes debieron resolver cuestiones vinculadas a acciones de cumplimiento e indemnizatorias ejercidas contra el Estado griego por los tenedores de obligaciones griegas tras la reducción de su valor sin su consentimiento» planteadas por tenedores alemanes de la deuda griega.³³

Como consecuencia de la crisis de deuda, el Estado griego modificó unilateral y retroactivamente, a través de la Ley N° 4050/2012, las condiciones aplicables a títulos emitidos o garantizados, incluyendo *a posteriori* una cláusula de reestructuración que autoriza a imponer a todos los tenedores las decisiones adoptadas sólo por la mayoría de ellos.

Los demandantes sostuvieron que la cuestión planteada en los litigios está comprendida en el ámbito del Derecho meramente privado, dado que se actúa contra el Estado griego, no por haber ejercitado su autoridad, sino por haber vulnerado su derecho de propiedad al cometer una actuación ilícita. Sostienen que de la mencionada Ley N° 4050/2012 no resulta que el objeto de su demanda no se enmarca en un contexto de Derecho público, en la medida en que dicha Ley no regula relaciones de Derecho público, sino relaciones típicas de Derecho privado, y no efectúa una expropiación en el sentido de la jurisprudencia alemana, puesto que no fue adoptada con el fin de llevar a cabo una misión pública definida. A falta de acción *iure imperii*, la competencia de un órgano jurisdiccional de otro estado miembro está fundada, y el Estado griego no puede invocar su inmunidad. Por lo demás, en procedimientos similares iniciados ante los órganos jurisdiccionales griegos, el Gobierno griego reconoció expresamente que las demandas no estaban vinculadas al ejercicio de su autoridad.

En estos casos resultó clave para su resolución la posición sobre la "inmunidad del estado extranjero" e "inmunidad de cumplimiento". El criterio para evaluar las medidas de inmunidad de jurisdicción por actos

³² WILKE, Kay-Michael, *Klage gegen einen ausländischen Staat auf Zahlung*, IWB N° 14 del 29.07.2016 p. 541.

³³ BGH v. 08.03.2016 - VI ZR 516/14, BGH v. 20.07.2016 - IV ZR 245/15, BGH v. 19.12.2017 - XI ZR 796/16,

de naturaleza soberana es la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015³⁴. Este fallo es la interpretación del art. 1 párr. 1 del Reglamento (CE) N° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13/11/2007 sobre la notificación de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil en los estados miembros.

El órgano judicial comunitario entendió que “pese a que la emisión de títulos de deuda por parte de un estado constituye un acto *iure gestionis*, el posterior ejercicio por parte del estado de su facultad legislativa, en cambio, constituye un acto *iure imperii*, que también debe ser tenido en cuenta, dado que es evidente que las acciones indemnizatorias ejercidas contra el Estado griego no sólo están basadas en los títulos iniciales, sino también y sobre todo en la Ley N° 4050/2012, que permitió la permuta de los títulos y, por consiguiente, la reducción de la deuda al introducir en sus condiciones cláusulas de acción colectiva. Frente a ello resulta oportuno determinar cómo se califican, en el caso particular, la relación jurídica derivada de la emisión de obligaciones del estado y la modificación unilateral por vía legal de las condiciones aplicables a dichas obligaciones realizada por el estado griego cuando el estado adopta simultáneamente la posición de parte contratante y de poder público, si se trata de los actos de *iure gestionis* o de *iure imperii*. Para poder hacerlo es necesario diferenciar entre las modalidades de ejercicio por parte del estado soberano de su potestad normativa.

Se sostiene que “si el estado adopta una norma general y abstracta que obliga a las partes contratantes y que indirectamente puede llevar a modificar las condiciones del contrato, como un cambio en la legislación fiscal, dicha acción normativa puede diferenciarse y desvincularse de su actuación como parte contratante, sin modificar la naturaleza de las relaciones jurídicas que se derivan del contrato inicial. Ahora bien “Si, por el contrario, el estado emisor hace uso de su potestad soberana para adoptar no ya una norma general y abstracta, sino una norma específica y concreta que tiene por objeto y por efecto incidir de forma directa en el sistema de las obligaciones emitidas, su actuación como poder público no puede desvincularse, en mi opinión, de sus acciones como parte contratante.

³⁴ TJUE, C-226/13, C-245/13, C-247/13, C-578/13, *Fahnenbrock y otros*. Publicado en alemán, idioma del proceso, en ZIP 2015, p.1250. Accesible en español en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=164953&doclang=ES>

En efecto, en este supuesto, el estado contratante hace uso de su potestad soberana directamente en relación con el contrato. Pues bien, la intervención del legislador griego a través de la Ley N° 4050/2012 forma parte de este segundo caso. El Estado griego actuó unilateralmente, con carácter retroactivo y de forma imperativa, para modificar las condiciones de emisión de los títulos de deuda, incorporando una cláusula de acción colectiva que permitía imponer a los tenedores minoritarios de títulos la obligación de someterse a la voluntad de la mayoría. Para convencerse de que esta acción está efectivamente comprendida en la categoría de actos *iure imperii*, basta preguntarse si las normas generalmente aplicables en las relaciones entre particulares permiten a una de las partes de un contrato ya celebrado introducir en él una cláusula de estas características, de forma retroactiva y sin el consentimiento de la otra. En las circunstancias particulares de esta intervención específica, en mi opinión no cabe entender que la acción de responsabilidad contra el Estado griego pueda considerarse una acción que no atañe a actos cometidos en ejercicio del poder público.”³⁵

En cuanto a la situación de la deuda externa argentina en default, bonistas perjudicados presentaron reclamos ante el tribunal competente de Frankfurt am Main.

En 2006, el Oberlandesgericht de Frankfurt am Main rechazó la pretensión de Argentina de no pagar sus obligaciones emergentes de los bonos de la deuda pública por la situación de emergencia económica en la que se encontraba el país. En efecto a comienzos de 2002, la República Argentina se declaró insolvente y aprobó una ley de emergencia económica nacional. El tribunal alemán llegó a la conclusión de que los requisitos estrictos que exteriorizan una emergencia económica y que se deben considerar como justificación, en el momento de la presentación ya no eran evidentes. De manera tal que los bonos tendrían que ser atendidos³⁶.

El *Oberlandesgericht* tomó en consideración los siguientes puntos: la República Argentina, la demandada, pudo reducir sustancialmente su carga de la deuda el año 2005 mediante un procedimiento global

³⁵ TJUE, C-226/13, *Stefan Fahrenbrock y otros contra Hellenische Republik*, 11/06/2015 – Conclusiones del Abogado General.

³⁶ Oberlandesgericht Frankfurt am Main Urt. v. 13.06.2006, Az.: 8 U 107/03 (*Zahlungsanspruch aus Inhaberschuldverschreibung des argentinischen Staates; Einwand des Staatsnotstands* - Reclamo de pago del bono al portador del Estado argentino; Objeción de la emergencia estatal). JurionRS 2006, 30602.

de reprogramación de la deuda con los acreedores privados. Además las condiciones económicas mejoraron significativamente. El demandado aumentó en los últimos tres años su producto interno bruto cercano al 9%. Las previsiones de crecimiento adicional eran significativas del 6,7% para el año 2006. La tasa de desempleo se redujo del 21.5% al 10.1%. En 2005, se había alcanzado nuevamente el volumen de las actividades económicas anteriores a la crisis de 2001/2002, y en vista de las previsiones externas positivas, se habían creado las condiciones para un mayor crecimiento económico. Al final del periodo 2005/2006, el demandado conto con reservas de divisas del banco central para pagar sus pasivos pendientes al Fondo Monetario Internacional (FMI) al cierre de su vencimiento por cerca de \$ 9.9 mil millones. En este contexto, resultaba irrelevante que la demandada extendió su legislación de emergencia hasta el 31 de diciembre de 2006.

El tribunal resolvió entonces que:

“1. La República Argentina ya no puede negar el reembolso de los bonos del gobierno a los acreedores privados citando la soberanía. Los requisitos previos reales para esta justificación se han extinguido después que el país llevara a cabo un amplio procedimiento internacional de reprogramación de deuda y mejorando significativamente su situación económica y financiera tras el llamado "incumplimiento" a fines de 2001.

2. El reconocimiento de la pretensión mencionada a un deudor extranjero solvente para enmendar sus obligaciones contractuales, infringiría el orden público del derecho internacional privado”³⁷.

La decisión tuvo un fuerte impacto en otros procedimientos paralelos, que se desarrollaban aún pendientes ante el Tribunal Regional Superior y el Tribunal Regional de Frankfurt am Main.³⁸ Los casos fueron suspendidos para dar intervención a la Corte Constitucional Federal, de conformidad con las normas constitucionales y procesales alemanas.

Ello es así porque todo órgano judicial debe solicitar una decisión del juez constitucional si durante la sustanciación de un proceso judicial surgen dudas respecto a la existencia o fin de las denominadas reglas

³⁷ OLG Frankfurt/M., Urt. v. 13.06.2006 – 8 U 107/03.

³⁸ SESTER, Peter, *Argentinische Staatsanleihen: Schicksal der “Hold Outs” nach Wegfall des Staatsnotstands*, NJW 40/2006, p. 2891.

generales que forma parte del derecho federal de conformidad con el art. 25 de la Ley Básica.

La intervención de la autoridad constitucional generó considerable expectativa ya que vendría a poner claridad a la cuestión sobre el principio de necesidad económica como defensa frente a la responsabilidad internacional del estado³⁹.

En su resolución de la Corte Constitucional Federal frente a los requerimientos formulados en las presentaciones del Tribunal Municipal de Frankfurt am Main demostró en el año 2007 en relación a los bonos soberanos de la parte demandada que el Derecho internacional público no presenta un derecho concursal único para los estados ni está codificado⁴⁰. Esta Corte fundamentó esta afirmación indicando que, si bien algunos tratados de Derecho internacional público contenían cláusulas generales de emergencia, ya constituye una cuestión de interpretación en el caso en particular si estas cláusulas están relacionadas a la emergencia económica y a las relaciones jurídicas de carácter privado. Por esta razón, las normas que se refieren a los efectos jurídicos por la falta de pago de un estado presentan carácter fragmentario y solo pueden considerarse Derecho internacional consuetudinario o principios jurídicos generales.

Asimismo, la Corte Constitucional Federal estableció que en el Derecho internacional consuetudinario se reconoce la posibilidad de invocar el estado de necesidad de un estado en dichas relaciones jurídicas sujetas al Derecho internacional público; no obstante lo cual, falta evidencia que sobre la existencia de una práctica estatal basada en la creencia de que se está legalmente obligado para que esta justificación se extienda a las relaciones jurídicas privadas con acreedores privados. En este sentido, la Corte se ocupó especialmente del art. 25 del Proyecto de Convención sobre el tema de la responsabilidad de los estados por los actos internacionalmente ilícitos, que presentó la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas (ILC, *International Law Commission*) en el año 2001 ante la Asamblea General de las Naciones Unidas y que aborda la responsabilidad de los estados (en lo sucesivo: art. 25 del articulado de la ILC sobre responsabilidad de los estados). Si bien dicha

³⁹ SCHILL, Stephan W., *German Constitutional Court Rules on Necessity in Argentine Bondholder Case*, "ASIL INSIGHTS", Vol. 11 Issue: 20, 31/07/2007.

⁴⁰ BVerfG, 08.05.2007 - 2 BvM 1/03, "JurionRS" 2007, 33283.

norma constituye un derecho consuetudinario válido, solo presenta una causal de justificación en una relación sujeta al Derecho internacional. La jurisprudencia correspondiente de los tribunales nacionales e internacionales y la doctrina en el ámbito del Derecho internacional no siguen un criterio distinto. Además, ni siquiera se permite constatar positivamente la existencia de una norma general de Derecho internacional que establezca que un estado está facultado a negarse de forma transitoria a cumplir con los pagos adeudados en relaciones jurídicas privadas con acreedores privados después de que se declara la emergencia estatal por insolvencia, lo que importa actuar más allá del ámbito de aplicación del art. 25 del articulado de la ILC sobre responsabilidad estatal, que se limita a exclusivamente a las relaciones de Derecho internacional. Falta una práctica estatal uniforme que reconozca una causal de justificación de este tipo según el Derecho internacional.

El órgano de control de constitucionalidad federal entendió que “en la actualidad no se ha establecido una norma general de derecho internacional que autorice a un estado, oponible a particulares, que le permita negarse temporalmente a cumplir sus obligaciones de pago de derecho privado sobre la base de la emergencia estatal declarada en estado de insolvencia.”⁴¹

Del fallo no surgen elementos que permitan establecer cuando una crisis económica calificaría como estado de necesidad en los términos de causal de excusación del estado deudor.⁴²

La postura asumida por el juez constitucional alemán en relación a la calificación de la crisis económica del estado deudor como causa de estado de necesidad por el impacto que esta concepción del estado de necesidad traería para estados que caen en situación de default ha sido objeto de fuertes críticas de parte de la doctrina alemana⁴³.

⁴¹ BVerfG, 08.05.2007 - 2 BvM 1/03, “JurionRS” 2007, 33283.

⁴² SCHILL, Stephan W., *German Constitutional Court Rules on Necessity in Argentine Bondholder Case*, “ASIL INSIGHTS”, Vol. 11, Issue 20, 31/07/2007.

⁴³ SCHILL, Stephan W., KIM, Yun I., *Sovereign bonds in economic crisis: Is the necessity defense under international law applicable to investor-State relations? A critical analysis of the decision by the German Constitutional Court in the Argentine bondholder cases*, “Yearbook on international investment law & policy 2010-2011”, New York, Oxford University Press, 2012, p. 491.

Años más tarde el Tribunal Regional Superior de Frankfurt am Main mediante Sentencia del 09/03/2012, (ref. 8 U 149/11)⁴⁴ vuelve a reiterar su parecer en cuanto a la situación de emergencia esgrimida por Argentina como argumento al incumplimiento de la obligación contractual con sus acreedores tenedores de bonos.

“38 Si la demandada continúa invocando dichos argumentos, habrá omitido explicar de qué manera empeoró su situación económica y que, por tal razón, sería menester decidir esta cuestión de otra manera. Las cifras puntuales que presentó la demandada no prueban que su situación económica es sustancialmente peor que la que tuvo en cuenta la Sala en sus decisiones iniciales. De hecho, la demandada recuperó el acceso a los mercados financieros gracias a la evolución económica y fiscal positiva que registró y, por tal motivo, está en condiciones de satisfacer las deudas de sus acreedores institucionales, aunque sigue negándose a satisfacer las llamadas obligaciones "hold-out" con aquellos acreedores privados que no aceptaron una oferta de reestructuración, tal como lo demuestra la fundamentación de la apelación”⁴⁵.

Posteriormente en dos recursos presentados por Argentina, resueltos por la Sala XI en lo Civil de la Corte Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof*) en ocasión de las apelaciones presentada por Argentina como demandada a las sentencias dictadas por el Tribunal Regional (*Landgericht*) de Frankfurt am Main en 2014. Los recursos de la demandada fueron desestimados. El tribunal federal sostuvo que *“Un estado no puede negarse al cumplimiento de los pagos derivados de obligaciones emitidas por este con personas privadas ni valiéndose de la declaración del estado de emergencia por insolvencia ni por haber reestructurado la deuda con el acuerdo voluntario de la mayoría de los acreedores.”⁴⁶*

En ambos casos, los demandantes, acreedores tenedores de títulos de la deuda pública argentina, hacen valer frente al estado demandado los derechos que resultan de los bonos al portador emitidos por dicho estado, Argentina.

⁴⁴ OLG Frankfurt am Main, 09/03/2012 - 8 U 149/11. JurionRS 2012, 20231.

⁴⁵ OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 9. März 2012 - Az. 8 U 149/11.

⁴⁶ BGH, XI ZR 193/14 y XI ZR 47/14, ambos del 24.02.2015.

Argentina, la parte demandada colocó en el año 1997 un bono al portador en marcos alemanes con un interés de 8% para el período 1997/2009 por un valor nominal de 1.000 millones de DM (número de identificación del título...90), emitido en unidades de 1.000 marcos alemanes de igual rango, documentado en títulos permanentes globales al portador; no se emitieron unidades efectivas de los títulos ni cupones de interés. Se estipuló en las condiciones de emisión de los bonos la aplicación del derecho alemán y la competencia de los tribunales de Fráncfort del Meno. De conformidad con el art. 4 de las condiciones de emisión de los bonos, la parte demandada se comprometió a reembolsar los bonos a su valor nominal el 30/10/2009. Asimismo, según el art. 3 de dichas condiciones, el bono devengaría un interés del 8% anual, y los intereses se pagarían vencidos los 30 de octubre de cada año, siendo exigible el primer pago el 30 de octubre de 1998. La parte actora adquirió una un importe de 6.000 marcos alemanes (equivalentes a € 3.067,75) en bonos.

Argentina sufrió serios problemas macroeconómicos a partir de 1999 que se transformaron en una crisis financiera a nivel estatal. Con la sanción de la Ley N° 25.561 de Emergencia Pública y la Reforma del Sistema de Cotización del 6/01/2002, la demandada declaró "el estado de emergencia pública en el ámbito social, económico, administrativo, financiero y monetario". Acto seguido y en virtud del decreto n.º 256/2002 del 6/02/2002, cuya finalidad era la restructuración de las obligaciones y de los pagos de la deuda contraída por el gobierno argentino, se procedió a no cumplir con el servicio de la deuda exterior y así lograr reorganizarlo. La Ley de Emergencia Pública fue prolongada en varias oportunidades, y por última vez el 31 de diciembre de 2015. Por lo expuesto anteriormente, la demandante no cobró ni el bono soberano que había adquirido ni los intereses correspondientes; no obstante, logró cobrar los intereses correspondientes a los años 2002 a 2007 en otro proceso judicial.

La actora exigió a la demandada el pago del importe nominal cuyo vencimiento había operado el día 30 de octubre de 2009 por un monto de € 3.067,75 más los intereses al 8% anual devengados desde el 31 de octubre de 2009 y los intereses adeudados correspondientes a los años 2008 y 2009, cada uno de estos pagos por un valor de € 245,42. El pago se debía realizar mediante notificación de pago al banco depositario para que proceda a debitar de su depósito la obligación al portador con número de identificación de título...90 por el monto del pago. La demandada negó la legitimación activa de la demandante y, basándose en la moratoria de pagos que había declarado

y en los acuerdos de reestructuración de deuda celebrados con otros acreedores, se amparó en el Derecho internacional para negarse a cumplir con la prestación a favor de los llamados acreedores "holdout". El Tribunal Municipal hizo lugar a la demanda con excepción de los intereses correspondientes al año 2008 y la desestimó en todas las demás pretensiones. El tribunal de alzada rechazó el recurso de apelación que presentó la demandada en contra de la decisión del Tribunal Municipal. Con el recurso de revisión civil que sí había admitido el tribunal de alzada, la parte demandada pretendía que se desestimara por completo la demanda.

En la visión del BGH es justificada la decisión del Tribunal Municipal de dar lugar a la pretensión de la demandante de que la demandada abonara el importe nominal de € 3.067,75 más los intereses devengados de las obligaciones al portador en cuestión con vencimiento el 30 de octubre 2009 por un valor de € 245,42 de conformidad con el artículo 793 del Código Civil alemán y con las condiciones de emisión de los bonos. La actora logró probar de forma suficiente su legitimación activa presentando un extracto de depósito del banco Kreissparkasse K con fecha 4 de junio de 2013.

Asimismo, el juez alemán entiende que la demandada no tiene derecho alguno frente a la demandante de negarse a cumplir con la prestación a su cargo. Argentina presentó como fundamento a su recurso de revisión un dictamen jurídico elaborado por expertos en crisis de deuda estatal⁴⁷ no resultó convincente. Los expertos que sustentan la posición de Argentina, sostuvieron que según el Derecho internacional consuetudinario, se debía considerar la quiebra soberana económica y financiera de la demandada. Sin embargo, el dictamen no permitió al tribunal comprobar la existencia de una norma convencional o consuetudinaria de Derecho

⁴⁷ Los expertos alemanes son Christian Tietje y Matthias Lehmann. Ambos estudiosos han realizado trabajos sobre derecho económico internacional y en particular sobre la crisis de deuda argentina.

TIETJE, Christian, LEHMANN, Matthias, *The role and prospects of international law in financial regulation and supervision*, "Journal of International Economic Law", 13(3), 663–682,

TIETJE, Christian, *Die Argentinien-Krise aus rechtlicher Sicht: Staatsanleihen und Staateninsolvenz*. „Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht“, Institut für Wirtschaftsrecht. Febrero 2005.

<http://www2.jura.uni-halle.de/INSTITUT/Heft37.pdf>

internacional que pudiera justificar tal consecuencia sobre la deuda soberana adquirida por acreedores privados. El dictamen se basa en la teoría de que, a partir de las últimas tendencias en la comunidad internacional de naciones, se debería reconocer la existencia de un principio del Derecho internacional consuetudinario que obligara a todos los acreedores de dicha deuda soberana a aceptar el acuerdo alcanzado en caso de que se haya votado por mayoría calificada (75% de los acreedores de dichos bonos al portador), y así evitar que una minoría se asegure una ventaja especial a costas de la mayoría. Sin embargo, el dictamen, según el tribunal, no expone de manera lógica la existencia de tal principio en el Derecho internacional consuetudinario. El dictamen fundamenta su afirmación indicando que las condiciones de los bonos estatales suelen contener en la actualidad las famosas "Collective Action Clauses", que permiten una reestructuración de la deuda si la mayoría de los acreedores así lo decide. No obstante, se pasa por alto el hecho de que en el Derecho internacional también era menester incluir dichas cláusulas para poder hacer uso de esta posibilidad en relación con la deuda soberana. Por esta razón, queda vedada la posibilidad de considerar que incorporar e incluir este tipo de cláusulas constituyen una práctica del Derecho internacional consuetudinario con efecto retroactivo, porque, en ese caso, no se hubiera requerido la existencia de dichas cláusulas como base para futuras reestructuraciones de deudas.

El dictamen hace un parangón con las crisis de deuda de Grecia y Chipre, al mencionar la quita de la deuda a favor de Grecia o la reducción de créditos a la que accedieron los acreedores de los bancos chipriotas. Sin embargo, no lograron probar que estas acciones se basan en una práctica (*consuetudo*) establecida que lleve a considerar que existe un derecho internacional consuetudinario, lo que resulta un requisito, ni convencer que presenta carácter vinculante (*opinio iuris*). La Corte además observa que los "*Principles on Promoting Responsible Sovereign Lending and Borrowing*"⁴⁸ de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo del 10/01/2012, referidos en el dictamen, son una mera recomendación a futuro para el caso de que sea necesario reestructurar la deuda soberana, y que no es posible atribuirle ningún tipo de valor ni general ni retroactivo.

Para el tribunal alemán, la demandada no tiene derecho a negarse a cumplir su prestación a cargo basándose en el Derecho internacional

⁴⁸ http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/gdsddf2012misc1_en.pdf

ya que no se puede comprobar la existencia de una norma general en el Derecho internacional en el sentido del artículo 25 de la Ley Fundamental que faculte al estado frente a los particulares a negarse a cumplir con las prestaciones privadas de pago a su cargo vencidas valiéndose de una conducta jurídica reprochable de los llamados acreedores "hold-out", y así obligarlos a formar parte de una restructuración de deuda de los bonos soberanos emitidos que fue aprobada por la mayoría de los acreedores.

Siguiendo la jurisprudencia establecida por la Corte Constitucional Federal, una norma de Derecho internacional adquiere el valor de general en el sentido del artículo 25 de la Ley Fundamental cuando es reconocido por la amplia mayoría de los estados.⁴⁹

Estas consideraciones de la Corte Constitucional Federal fueron estimadas válidas para el tribunal. Se entiende que no se creó como consecuencia de la crisis de los mercados financieros mundiales de los años 2008 y 2009 y del paquete de medidas de rescate para Grecia y Chipre ninguna norma general de Derecho internacional en el sentido del art. 25 de la Ley Fundamental que obliga a la totalidad de los acreedores privados de un estado a ser parte de restructuraciones de deudas en el caso de que se produzca una crisis estatal económica y financiera ni que concede al estado en crisis el derecho a negarse a cumplir con los pagos adeudados resultantes de las relaciones jurídicas privadas hasta que se llegue a algún tipo de acuerdo.

De manera que, que no se puede constatar la afirmación de Argentina sobre la existencia de un derecho concursal de los estados reconocido por la comunidad internacional. Según las normas del Derecho internacional, un estado no puede negarse al cumplimiento de los pagos derivados de relaciones jurídicas privadas con personas privadas valiéndose de la declaración del estado de emergencia por insolvencia⁵⁰.

Luego de decisión del 8/05/2007 de la Corte Constitucional Federal, antes referida⁵¹, tampoco se evidencia que el Derecho internacional se desarrollase un derecho concursal ni uniforme ni codificado para los estados.

⁴⁹ BVerfGE 15, 25 - Jugoslawische Militärmission (30/10/1962); BVerfG, 08.05.2007 - 2 BvM 1/03, "JurionRS" 2007, 33283.

⁵⁰ BVerfG, 08.05.2007 - 2 BvM 1/03, "JurionRS" 2007, 33283; BGH, decisión del 25/09/2007 - XI ZR 343/06, juris.

⁵¹ BVerfG, 08.05.2007 - 2 BvM 1/03, "JurionRS" 2007, 33283.

Como prueba de la inexistencia de tal norma, el tribunal entiende que se confirma en la Resolución N° A/Res/68/304 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 9/06/2014 (*Towards the establishment of a multi-lateral legal framework for sovereign debt restructuring processes*)⁵², en la que se abordó la iniciativa del Grupo de los 77 y China de avanzar en el establecimiento de un procedimiento concursal para los estados ya que hasta ese momento se carecía de normas de Derecho internacional que regulase la cesación de pagos de un estado y que obligase a los acreedores a formar parte de un acuerdo. Ello también se evidenció en los procesos de reestructuración de deuda voluntarias en los casos de Chipre y Grecia.

Tampoco se constató la existencia de esta norma en los procesos llevados adelante ante el Centro Internacional para la Resolución de Conflictos de Inversión (CIADI) y en los EEUU, así como tampoco los que sustanciaron en Alemania ante el Tribunal Regional Superior de Fráncfort del Meno, a quien le tocó resolver diversos casos vinculados con los bonos de Argentina, y también el Tribunal de alzada donde se le negó a la demanda el derecho a incumplir con su prestación a su cargo (véase solo OLG Frankfurt am Main, NJW 2006, 2931, 2932 y sigs.; sentencias del 9 de marzo de 2012 - 8 U 149/11, ref. juris N.º 45, 47 y del 4/05/2012 - 8 U 188/11, ref. juris N. 29). Tampoco la Sala lo reconoció hasta el momento (véase sentencia de la Sala del 14 de mayo de 2013 -XI ZR 160/12, WM 2013, 1264 y sigs.; decisiones de la Sala del 25 de septiembre de 2007- XI ZR 343/06, juris y del 13 de noviembre de 2012 XI ZR 161/12, juris).

Finalmente la doctrina iuspublicista, si bien propugna la incorporación de un procedimiento de reestructuración para el caso de insolvencia de los estados, niega que existan dichas normas con carácter obligatorio.⁵³

El tribunal también desecha el Principio N° 7 de la CNUCYD para expresar una opinión jurídica divergente, cuyo contenido sería el siguiente: "En circunstancias en las que un estado es manifiestamente incapaz de pagar sus deudas, todos los prestamistas tienen la obligación de actuar de buena fe y con espíritu de cooperación para alcanzar

⁵² *Official UN Documents on Financing for Development, General Assembly: External Debt*, http://www.un.org/esa/ffd/documents/ga_debt.htm

⁵³ Matthias Herdegen, *Der Staatsbankrott: Probleme eines Insolvenzverfahrens und der Umschuldung bei Staatsanleihen*, WM 2011, p. 913; Paulus/van den Busch, *Von Ausharrenden und Geiern*, WM 2014, p. 2025.

una recomposición consensual de dichas obligaciones. Los acreedores deberían procurar una resolución pronta y ordenada al problema".

Lo allí reglado no establece una norma general sobre normas concursales que resulte vinculante para la comunidad internacional y cuyo objetivo sea que se satisfaga de la mejor forma posible la deuda de todos los acreedores respetando el principio de igualdad de trato. El objetivo de los principios de la CNUCYD tiene que ver más con la creación de nuevas normas legales y no con describir el Derecho internacional existente, lo que claramente demuestra la Resolución n.º A/Res/68/304 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 9 de septiembre de 2014.

Asimismo, el tribunal no pudo constatar que hubiere jurisprudencia contraria al respecto emanada de los tribunales nacionales e internacionales ni opiniones relevantes en la literatura sobre Derecho internacional que permitieran dudar de la falta de disposiciones en esta rama del Derecho respecto de reestructuraciones de deuda iniciadas por un estado de forma ordenada a través de una vía similar a la concursal, mucho menos que probaran la existencia de tales normas.

Cuando la Corte Constitucional Federal dictó sentencia el 8/05/2007⁵⁴, Argentina, la parte demandada ya había llevado a cabo la primera reestructuración, en la que más del 75% de todos los bonistas accedieron a canjear sus bonos en mora por nuevos bonos soberanos⁵⁵, incluso sin que la Corte Constitucional Federal haya sostenido que existían motivos (quizá solo en una defensa de la demandada) para incluir este aspecto en su decisión, aun cuando –suponiendo que la posición jurídica del recurso de revisión fuera correcta– no se hubiera considerado pertinente la cuestión prejudicial planteada. Teniendo esto en cuenta, nada permite sostener que ya antes de mayo de 2007 existía una norma de Derecho internacional como la que se mencionó en el recurso de revisión que le permitiera al estado insolvente hacer uso del derecho a negarse a cumplir con su prestación a cargo frente a sus acreedores hasta que se haya acordado una reestructuración de la deuda.

Tampoco existe sustento para pensar que después de 2007 surgió una norma de esta índole como consecuencia de la crisis financiera

⁵⁴ BVerfG, 08.05.2007 - 2 BvM 1/03, "JurionRS" 2007, 33283.

⁵⁵ SESTER, NJW 2006, p. 2891.

mundial. Es más: esto se puede negar categóricamente. No existen dudas objetivas de lo contrario, y el recurso de revisión tampoco pudo demostrarlas.

En su razonamiento el juez sostiene que no se verifica la existencia de la norma general de Derecho internacional que impone a los acreedores privados la obligación de formar parte de una reestructuración ordenada de las deudas de un estado insolvente, tal como sostiene la demanda. Por otra parte a la demandada tampoco le asiste ningún derecho a negarse a cumplir con su prestación a cargo.⁵⁶

A diferencia de lo que se menciona en el recurso de revisión, la demandada tampoco goza, según las normas del Derecho internacional privado, de la excepción de impedimento de la prestación invocando la moratoria de pago argentina. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal y de la Sala, un estado no puede negarse al cumplimiento de los pagos derivados de relaciones jurídicas privadas con personas privadas valiéndose de una declaración del estado de emergencia por insolvencia⁵⁷ (véase).

Según la jurisprudencia de la Corte Federal de Justicia, las normas coercitivas extranjeras, cuyo único objetivo -como en el caso en cuestión- es la consecución de objetivos económicos y políticos propios del estado que las dicta, solo se aplican si el estado tiene la oportunidad de imponerlas, es decir, cuando se refieran a las cosas ubicadas en su territorio o a derechos y acciones que deban hacerse valer en dicho lugar.⁵⁸ Para el tribunal ésta no es la situación del presente caso.

Finalmente, la revisión tampoco puede basarse en la jurisprudencia de la Corte Federal de Justicia respecto de los efectos en el territorio nacional de una quiebra extranjera o de un acuerdo concursal obligatorio. Según dicha jurisprudencia, un proceso de este tipo afecta el patrimonio del deudor común que se encuentra en territorio nacional, dado

⁵⁶ BVerfG, NJW 2006, 2907 ref. N.º 7 y sig.; decisión del 14/09/2006 - 2 BvR 1504/06, p. 7; BGH, decisión del 25/09/2007 - XI ZR 343/06, JURIS.

⁵⁷ BVerfGE 118, 124; 25/09/2007 - XI ZR 343/06, JURIS.

⁵⁸ En este sentido véase BGH, sentencias del 17 de diciembre de 1959 - VII ZR 198/58, BGHZ 31, 367, 371, del 16 de abril de 1975 - I ZR 40/73, BGHZ 64, 183, 188 y sigs. y del 17 de noviembre de 1994 - III ZR 70/93, BGHZ 128, 41, 52 y sig.

que la quiebra o el acuerdo concursal obligatorio –distinto a lo que sucede en la expropiación y la confiscación– solo satisface de forma equitativa las deudas de los acreedores del deudor y no las del estado⁵⁹. No obstante, para que opere el reconocimiento, es menester que el proceso extranjero constituya un procedimiento de insolvencia (quiebra o concurso) de conformidad con las disposiciones locales⁶⁰. No se da este supuesto en el caso en cuestión. La Ley de Emergencia argentina y la moratoria de pago no son comparables con un procedimiento concursal desde el punto de vista funcional, porque la demandada, en su carácter de deudora, decidió de forma autónoma cesar los pagos a sus acreedores, y, por esta razón, es que no se trata de un procedimiento ordenado por el estado sujeto a la supervisión y al control de una instancia neutral⁶¹. Asimismo, las disposiciones aprobadas por la parte demandada solo velan, en una primera instancia, por los intereses del Estado argentino (se refiere a los arts. 1 y 19 de la Ley 25.561, Emergencia pública y reforma del régimen cambiario).

4. MEDIDAS PROVISORIAS EN EL CONTEXTO DE LAS CAUSAS POR LA DEUDA SOBERANA ARGENTINA

En 2003, la *Bundesverfassungsgericht* se negó a otorgar una solicitud de medidas provisionales de Argentina, que argumentó que se veía amenazada financieramente por una decisión de un tribunal inferior que era contraria al derecho internacional⁶². Como consecuencia del fallo del tribunal constitucional un importante número de acreedores lograron obtener sentencias favorables en distintos contenciosos que ordenaron a Argentina pagar sus obligaciones⁶³.

⁵⁹ Véase BGH, sentencias del 11 de julio de 1985 - IX ZR 178/84, BGHZ 95, 256, 263 y sigs. y del 14 de noviembre de 1996 - IX ZR 339/95, BGHZ 134, 79, 80 y ss.

⁶⁰ Ídem ant.

⁶¹ véase BGH, sentencia del 14 de noviembre de 1996 - IX ZR 339/95, BGHZ 134, 79, 89.

⁶² BVesfG, Caso N° 2BvQ3/03, 13/02/ 2003, 118 „Deutsches Verwaltungsblatt“, p. 661 (2003).

⁶³ Landgericht Frankfurt a. M., Caso N° 2/21 O 294/02, 14/03/2003, 57, „Wertpapier- Mitteilungen“, p. 786 (2003).

Los posteriores procedimientos de ejecución condujeron a otra intervención del *Bundesverfassungsgericht*, por la cual afirmó que la renuncia a la inmunidad realizada por Argentina en los términos contractuales de los bonos no afectaba la inmunidad de ejecución de las cuentas bancarias de su embajada en Alemania.⁶⁴

El tribunal de distrito Berlin-Mitte actuante como tribunal de ejecución en el procedimiento principal, mediante sentencia del 23/04/2003 ordenó la incautación de las cuentas abiertas por Argentina en el Deutsche Bank para solventar los gastos de su representación diplomática⁶⁵.

Mediante decisión de 10/09/2003, el tribunal de ejecución, de conformidad con el art 100 (2) de la Ley Fundamental (constitución) alemana formuló al *Bundesverfassungsgericht* una consulta sobre si existe una norma general de derecho internacional según la cual un Estado extranjero deudor puede renunciar a su inmunidad de ejecución en el país de origen del acreedor privado sujeto a la protección diplomática especial en la medida en que la toma de posesión de la embajada sea diplomática y qué exigencias requiere el derecho internacional sobre esta renuncia a la inmunidad.

El juez constitucional respondió que no hay una norma general de derecho internacional según la cual no se puede establecer que una renuncia general a las inmunidades alcanza para abolir la inmunidad diplomática sobre las cuentas bancarias de la embajada, ya que existe una distinción entre la inmunidad general del estado por un lado y la inmunidad diplomática específica de la misión diplomática de un estado extranjero en otro, para lo cual toma en cuenta las disposiciones de las Convenciones de Viena sobre relaciones consulares y relaciones diplomáticas y el proyecto de Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunidades Legales de los Estados y sus Bienes de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

⁶⁴ BVerfG, Caso N° 2 BvM 9/03, 6/12/2006, 1 22 „Deutsches Verwaltungsblatt“, p. 242 (2007).

⁶⁵ AG Berlin-Mitte, Volagebeschl 10/06/2003, - 32 M 4833/03, 18 „Neue Juristische Wochenschrift- Rechtsprechungs-Report“, p. 1713 (2003); Kammergericht Berlin, Caso N° 25 W 100/03, 07/11/2003, 4 „Neue Juristische Online Zeitschrift“, p. 3382 (2004). Tambien en „Entscheidungen der Gerichte in Berlin und Brandenburg“, <http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de/>

Ambas Convenciones regulan que para los casos de renuncia a la inmunidad previstos en estos acuerdos se requiere una manifestación explícita del estado acreditante. Por su parte, la Comisión de Derecho Internacional en los trabajos preparatorios de la Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunidades Legales de los Estados y sus Bienes (Anexo a la Resolución 59/38 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Doc. A/ RES/59/38) declara que una renuncia general no se extendería a la inmunidad diplomática. Para que la renuncia se afecte a la inmunidad a la ejecución sobre las cuentas de una embajada debe aplicarse un requisito de “expresividad”. Sin embargo quedó demostrado en el caso que la República Argentina no renunció efectivamente a la inmunidad diplomática de sus cuentas en la embajada, lo que impidió la ejecución hipotecaria.

Según el tribunal de la práctica estatal y la doctrina iuspublicista se deduce que una renuncia general de inmunidad contenida en las condiciones de endeudamiento de un estado extranjero es válida para anular la inmunidad general del estado en el curso de los procedimientos conocimiento y de ejecución⁶⁶. Sin embargo no se ve en el derecho internacional que el consentimiento otorgado por el estado extranjero para la ejecución de dichos activos pueda extenderse a la inmunidad que protege a la misión diplomática del estado deudor acreditante.

El juez constitucional sostiene además que se deduce del principio de *ne impediatur legatio* que el estado receptor debe abstenerse de toda medida que pueda obstaculizar el cumplimiento de las tareas diplomáticas al estado acreditante⁶⁷.

5. CONCLUSIONES

El derecho alemán, al igual que en otros sistemas jurídicos nacionales, ha seguido la evolución en materia de inmunidad de jurisdicción del estado extranjero.

Así, a comienzos del siglo XX la jurisprudencia y la doctrina alemanas adherían a la inmunidad de jurisdicción absoluta. El impacto del

⁶⁶ SCHIER, Holger, *Towards a Reorganisation System for Sovereign Debt: Towards a Reorganisation System for Sovereign Debt: An International Law Perspective*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2007p. 198.

⁶⁷ BVerfG, Caso N° 2 BvM 9/03, 6/12/2006, 1 22 „Deutsches Verwaltungsblatt“, p. 242 (2007).

nuevo rol de estado a mediados del siglo pasado lleva a los tribunales alemanes a introducir cambios en esta posición inicial para aceptar la inmunidad de jurisdicción relativa. La distinción se realiza a partir de la naturaleza del acto desarrollado por el estado. El impacto de la ratificación de la Convención europea sobre la inmunidad del estado extranjero y sus bienes es evidente en la jurisprudencia germana.

La crisis de deuda, primero el caso argentino, y luego Grecia y Chipre, dieron lugar a nuevos problemas que plantearon nuevos desafíos a mundo jurídico el cual respondió con propuestas de nuevas normas a fin de solucionar las varias cuestiones que requieren resolución.

En primer lugar, y que fuera estuviera en el origen de este estudio, la inmunidad del estado extranjero deudor. Resulta interesante la distinción planteada por la jurisprudencia comunitaria europea y luego seguida por el juez alemán para diferenciar los supuestos en que corresponde considerar la actuación del estado como acto *iure imperii* o acto *iure gestionis* a fin de amparar los derechos de los acreedores/tenedores de la deuda pública del estado.

El caso de la deuda argentina ante la jurisdicción alemana obligó al juez alemán a llevar adelante una tarea por la cual hizo una contribución a la búsqueda de soluciones a las cuestiones urgentes derivadas de las crisis de deuda y la consiguiente insolvencia estatal.

Y como cuestiones adicionales y considerar para futuros estudios, por un lado la situación de crisis económica y default del estado, calificada como estado de necesidad, como causal de eximición de la responsabilidad internacional del estado y otro la regulación de la insolvencia internacional del estado deudor.

CAPÍTULO 7

LA INMUNIDAD DEL ESTADO EXTRANJERO EN EL DERECHO FRANCÉS Y EL CONFLICTO DE LA DEUDA EXTERNA ARGENTINA

Gustavo Carrizo Adris y Clarisa Federico

1. NORMAS LEGALES DEL DERECHO FRANCÉS

Partiendo de la idea que los estados no son súbditos de la ley como los demás y a los efectos de mantener las relaciones diplomáticas, un tribunal francés justificó la inmunidad del estado extranjero por "la independencia recíproca de los estados, que es uno de los principios más universalmente reconocidos del derecho de las naciones".¹

De manera que la principal fuente de la inmunidad de jurisdicción del estado es la costumbre internacional. La igualdad y la ausencia de jerarquías entre los estados imponen que se abstengan de todo acto de autoridad de uno sobre el otro. Vale aclarar que no es lo mismo que la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos y de los agentes consulares. En esos casos la inmunidad es directa consecuencia de lo estipulado en las convenciones internacionales que rigen su ejercicio (art. 31 de la Convención de Viena del 18 de abril de 1961 sobre relaciones diplomáticas; y art. 43 de la Convención de Viena del 24 de abril de 1963 sobre relaciones consulares).

La regulación de la inmunidad de jurisdicción del estado extranjero en el Derecho francés no surge de los textos legales franceses, sino que su principal fuente es la jurisprudencia. En efecto, en Francia, la cuestión ha sido tratada principalmente por los tribunales, por lo que su evolución es esencialmente jurisprudencial².

En cuanto al derecho convencional, Francia no ratificó la Convención Europea sobre inmunidad de los estados, firmada en Basilea en 1972

¹ DUPEYRE, Romain, *Les immunités de juridiction et d'exécution des états dans l'arbitrage international*, citando «22 jan. 1839, DP.1849 I, 5; S.1949, I, 81, note Devilleneuve».

² LOUSSOUARN, Yvon, BOUREL, Pierre, *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 6ta ed., 1999, p. 563.

entre los estados partes del Consejo de Europa y en vigor desde 1976. En esta Convención se enumeran una serie de casos en los cuales un estado contratante no puede invocar su inmunidad de jurisdicción. Por el contrario es parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidad jurisdiccional de los estados y de sus bienes. Este instrumento internacional no entró en vigor por falta de ratificaciones suficientes³. Francia ratificó el tratado en 2011 y desde entonces, en función de cómo lo entendió la jurisprudencia local, puede considerarse que forma parte integrante del derecho positivo francés. Ello surge con claridad de los fallos de ese país a través de los que se vislumbra que para resolver los conflictos suscitados en torno a la inmunidad de jurisdicción de los estados extranjeros, considera a la Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidad jurisdiccional de los estados como fuente del derecho⁴. Como ejemplo de ello se puede citar la sentencia *Sabeh El Leil c. Fran-ce*⁵ de la Corte europea de Derecho Humanos y el fallo de la *Cour de Cassation*, la máxima instancia judicial de Francia, en los casos de embargo preventivo en *NML Capital c/República Argentina*⁶. De manera que el Convenio de naciones Unidad viene a completar las normas de derecho internacional consuetudinario reguladoras de la materia⁷.

2. LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES FRANCESES

Hasta el siglo XX, la jurisprudencia francesa adoptó la inmunidad de jurisdicción de los estados extranjeros como absoluta, o sea sin distinción de la naturaleza de sus actos, el principal fallo que adhiere a esta doctrina

³ Ratificación de Francia por Ley n° 2011-734 del 28 junio del 2011. NOR: MAEJ0906771L ELI:

<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2011/6/28/MAEJ0906771L/jo/texte>
Alias: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2011/6/28/2011-734/jo/texte>.

⁴NANTEUIL, Arnaud de, *L'application en France des règles internationales relatives aux immunités*, Annuaire français de droit international, vol. 56, 2010. pp. 807.

⁵ CEDH, Grande Chambre, 29/06/2011.

⁶ Cass., Civ., 1°, 28/09/2011, *Société NML Capital Ltd. c. République Argentine*, N° 09-72057 ; Cass., Civ., 1, 28/03/2013, Arrêt N° 394, N° 1025.938, Arrêt N° 395, N° 1110.450 ; Arrêt N° 396, N° 1113.323.

⁷NANTEUIL, Arnaud de, *L'application en France des règles internationales relatives aux immunités*, Annuaire français de droit international, vol. 56, 2010. p. 809.

es de la *Cour de cassation* en *Gouvernement espagnol c/Lambège et Pujol*⁸.

Operó el cambio de jurisprudencia en 1929 cuando se separó de la inmunidad de jurisdicción de los estados “los actos de comercio en los que el principio de soberanía de los estados permanezca extraño”.⁹ En esa línea debe destacarse el fallo del 15/12/1936 referido a los actos de comercio entre la entonces URSS y Francia, donde se distinguió los “actos de autoridad” (*iure imperi*), a través de los que se manifiesta la soberanía del estado extranjero, y los “actos de gestión” (*iure gestionis*), que no difieren de los actos que realizados por los particulares.

De ese modo, se enrola en la teoría restrictiva, siguiendo la línea trazada en la Convención Europea sobre inmunidad de los estados (1972) y el Proyecto de Convención sobre inmunidad de jurisdicción del estado y sus bienes elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, que culminó en la Convención arriba mencionada). Así quedó expresada con claridad el cambio de postura en el Reporte del Consejero Castets, presentado en el caso *Procureur Général de la Cour de cassation c/ Vestwig et autres*: “El estado actúa a veces como soberano en virtud de su superioridad política llamada “poder público”, otras veces según las normas del derecho privado, en las que se coloca en pie de igualdad con un particular. Y en consecuencia, la inmunidad juega para los actos soberanos, pero es extraña ante los actos de simple gestión ordinaria”¹⁰.

La teoría restringida de la inmunidad de jurisdicción distingue entre actos de gobierno realizados por el estado extranjero en su calidad de soberano *iure imperii* y actos de índole comercial o *iure gestionis*. Los primeros son actos de gobierno y tienen por finalidad la acción pública, mientras que los segundos son actos que persiguen un fin de lucro¹¹, y en Francia parte de la doctrina ha analizado la inmunidad como un privilegio

⁸ Cass., Civ., 22/01/1849.

⁹ Req. 19/02/1929, D.P. 29.1.172 n. SAVATIER, S.30.1.49 n. NIBOYER.

¹⁰ *Procureur Général de la Cour de cassation c/ Vestwig et autres*, Req. 5/02/1946 - Sirey, 1947.1 p. 137.

¹¹ LOUSSOUARN, Yvon, BOUREL, Pierre, *Droit international privé*, ed. Dalloz, 1999, p. 569.

de la persona, por lo que se propuso la idea de la incompetencia en razón de la materia¹².

Esa doctrina fue adoptada en numerosos fallos de la *Cour de cassation*, quien no se limitó a aplicarla a las actividades comerciales entre estados, sino que la extendió a actos civiles, y consolidando la jurisprudencia según la cual la inmunidad de jurisdicción se determina por la naturaleza del acto, no por la calidad persona que la invoca¹³.

Pero contrariamente a lo que se podría esperar, esa visión moderna de la inmunidad de jurisdicción, no fue constante, ya que rápidamente la jurisprudencia francesa se encargó de restringir esa distinción. Así, señaló que tanto el estado de *iure* (reconocido por la Comunidad internacional) como el de *facto* (no reconocido por la comunidad internacional) pueden reclamar el beneficio de la inmunidad de jurisdicción.¹⁴

Por otra parte, la *Cour de cassation* también reconoció la posibilidad de que las personas jurídicas de derecho público, y las de derecho privado pudieran ser beneficiarias de la inmunidad de jurisdicción. En el primer caso por ser emanación indirecta del estado¹⁵, y en el segundo caso por actuar por orden o por cuenta del estado en el interés del servicio público.¹⁶

La Sala Primera Civil de la *Cour de Cassation* decidió el 19/05/1976, en el caso *Zavicha Blagojevic c. Bank of Japan*, que una entidad privada puede solicitar la aplicación de la inmunidad de jurisdicción siempre que se constate que los actos que se le imputan corresponden al propósito mismo de la delegación de poderes que tiene por el estado

¹² MAYER, P., HEUZÉ, V. *Droit internationale privé*, Montchrestien, 9^oed., p. 233.

¹³ Cass., Civ., 1^o, 25/02/1969, Bull. Civ. I N^o 86; 19/03/1976, Bull. I N^o 181; 18/11/1986, Bull. I N^o 267; 20/10/1987, Bull. I N^o 274; 2/05/1990, Bull. I N^o 92; cass. ch. commerciale, 19/03/1979, Bull. IV N^o 104.

¹⁴ Cass., Civ., 1^o, 2/11/1971, *République démocratique du Viêt-Nam*, «Rev. Crit. DIPriv.» 1972.310, nota de BOUREL, *A propos de l'immunité d'exécution*.

¹⁵ Cass., Civ., 1^o, 25/02/1969, *Soc. Levant Express Transport*, «Rev. Crit. DI-Priv.», 1970, p. 98, nota de P. BOUREL.

¹⁶ Cass., Civ., 1^o, 19/05/1976, *Zavicha Blagojevic c. Bank of Japan*, «Rev. Crit. DIPriv.» 1977, p. 359, nota de H. BATIFOL.

y que no se encontró que actuó en un interés diferente al del servicio del interés público¹⁷.

O sea que para caracterizar los “actos de autoridad” que gozan del beneficio de la inmunidad de jurisdicción, la *Cour de cassation* exige que provengan de una “potencia pública” o actos que se cumplan en beneficio del “interés del servicio público”, para lo cual se inspira en dos criterios del derecho administrativo para determinar la competencia de los tribunales administrativos y judiciales frente al Estado francés:

- Criterio objetivo o formalista: toma en cuenta la naturaleza intrínseca del acto litigioso y la forma en que se presentó. En función de ello el estado extranjero puede beneficiarse con la inmunidad de jurisdicción si del acto surgen cláusulas de derecho común; no así si el acto regula cuestiones de derecho privado. A través de la jurisprudencia la *Cour de cassation* fue afinando el concepto, en cuanto a que no cualquier cláusula puede justificar la inmunidad de jurisdicción, sino que debe tener relación con la actividad ejercida por el estado extranjero en ese acto como poder público.¹⁸
- Criterio finalista: toma en cuenta el objetivo perseguido por el que ejerció el acto. O sea que en ese caso se concede la inmunidad de jurisdicción en los casos en los que la finalidad perseguida es el interés público, o que el acto se realice en beneficio del interés de un servicio público. En esa línea la jurisprudencia fue definiendo lo que debía considerarse como actos cumplidos en el beneficio del interés público que permiten invocar la inmunidad de jurisdicción. Así la *Cour de cassation*, aceptó la aplicación de la inmunidad de jurisdicción tanto en actividades administrativas, como en materia civil, tales como acciones reales inmobiliarias, pero rechazó la inmunidad invocada por el estado extranjero en actos de comercio o sucesorios.¹⁹

¹⁷ Cass., Civ., 1°, 19/05/1976, *Zavicha Blagojevic c. Bank of Japan*, «Rev. Crit. DIPriv.» 1977, p. 359, nota de H. BATIFOL.

¹⁸ Cass., Civ., 1°, 8/12/1964, Bull. I N° 548; 2/03/1966, Bull. I N° 152.

¹⁹ Cass., Civ., 1°, 25/02/1969, Bull. I n° 86; 18/11/1986, Bull. I n° 267; Cass. com. 19/03/1979, Bull. IV n° 104; Cf. Poitiers 16/06/1949 «Rev. Crit. DIPriv.» 1951. 660.

La jurisprudencia francesa no ha sido constante en este tema y ha dado lugar a cierta inseguridad jurídica en tanto se ha optado por una u otra solución de modo casuístico, ya que la *Cour de cassation* se enroló a veces en un criterio formalista²⁰, mientras que otras veces en el segundo criterio finalista.²¹

Numerosas sentencias afirmaron la incompetencia de los tribunales francés en conflictos derivados de préstamos emitidos por un estado extranjero, contratos de suministros u obras²², o de actos unilaterales como la nacionalización²³ o expropiación²⁴ fácilmente calificables de actos de imperio²⁵.

En materia laboral, el máximo tribunal francés optó por una conjunción de los dos criterios, y estableció que si el empleado no se encuentra a cargo de tareas específicas dentro del ejercicio del servicio público, cualquier medida que se tome a su respecto (despido por ejemplo) surte de un acto de gestión privado del estado extranjero no amparado por la inmunidad de jurisdicción²⁶. Por ejemplo el caso de agentes de prensa de la representación diplomática,²⁷ el del encargado de la embajada,²⁸ y el de una enfermera de la embajada.²⁹

Contrariamente aceptó la aplicación de la inmunidad de jurisdicción en el caso de un empleado diplomático encargado de la traducción

²⁰ Cass. req. 5/02/1946 S. 1847 I p. 137; 2/03/1966, JCP 1966 Ex. G. II 14831.

²¹ Cass., Civ., 1°, 19/12/1961 JCP 1962 Ed. G. II 12489.

²² Cass. Civ., 2/05/1990, «Rev. Crit. DIPriv.», 1991, p. 140. Nota de BOUREL.

²³ Cass. Civ. 1°, 20/10/1987, «Rev. Crit. DIPriv.», 1988, p. 727, nota de MAYER.

²⁴ Cass. Civ., 2/05/1978, Clunet, 1978, p. 904, nota de KAHN.

²⁵ MAYER, P., HEUZÉ, V. *Droit internationale privé*, Montchrestien, 9°ed., p. 214.

²⁶ LOUSSOUARN, Yvon, BOUREL, Pierre, *Droit international privé*, ed. Dalloz, 1999, p. 570.

²⁷ Cass., Civ., 1°, 12 de junio de 1990, Bull. I N° 155; cass. soc. 2/04/1996, Bull. V n° 132.

²⁸ Cass., Civ., 1°, 11/02/1997, Bull. I N° 49.

²⁹ Cass. soc. 10/11/1998, Bull. V N° 479.

en la embajada de Arabia Saudita³⁰, como así también en el caso de un traductor del servicio de pasaportes del Consulado egipcio.³¹

Cabe resaltar que si bien la jurisprudencia francesa resulta casuística sobre el tema, puede destacarse que en definitiva los actos de los agentes con funciones de caracteres “políticos”, los que comprometen la misión diplomática o consular del estado en su soberanía, son actos de autoridad que atañen el poder público, por lo que se justifica la inmunidad de jurisdicción.

También resulta lógico que en función de la actividad de sus agentes, el estado extranjero cumpla con un acto de soberanía al nombrar a los empleados, por lo que debe gozar de la inmunidad de jurisdicción. En contraposición, los asalariados que ejercen funciones subalternas, o cuyas acciones no implican una responsabilidad particular del estado extranjero, no pueden ser considerados más que como asalariados que no actúan en función del interés público. Por lo tanto en esos supuestos, su despido o cualquier incumplimiento de sus condiciones laborales, resulta un mero acto de gestión del estado extranjero quien no se puede ver favorecido por la inmunidad de jurisdicción en caso de litigio.

3. RENUNCIA DEL ESTADO A LA INMUNIDAD

Los estados en el ejercicio de su poder soberano pueden renunciar a sus inmunidades de jurisdicción, así como la de ejecución. El tema de la renuncia y sus consecuencias, o su extensión se plantea, por ejemplo, frente a la firma de una convención de arbitraje.

La doctrina y la jurisprudencia internacional admiten, en reglas generales, que la renuncia en la convención arbitral implica la renuncia a la inmunidad de jurisdicción, hasta en algunos casos también la de ejecución. Si bien como toda renuncia debe ser cierta e inequívoca, por lo que se encuentra sometida al principio de especialidad, por lo que queda claro que la postura amplia no puede tener acogida favorable, en cuanto no puede extenderse la renuncia de la inmunidad de jurisdicción no implica nunca la renuncia de la inmunidad de ejecución.

³⁰ Cass. soc. 18/07/2000-Pourvoi N° 97. 45-377.

³¹ Cass. soc. 9/10/2001 - Pourvoi N° 98.46-214.

En ese contexto, al igual que los tribunales de los EE.UU., admiten que la firma de una convención arbitral por un estado implica una renuncia implícita a la inmunidad de jurisdicción frente al tribunal arbitral³².

En Francia se deja la resolución de la cuestión en manos de los jueces, ya que no existe una legislación que regule el tema, contrariamente a lo que ocurre en EE.UU. que adoptó una legislación específica, la *Foreign Immunities Act* (FSIA) de 1976, cuyo texto autoriza a los tribunales de ese país a ejercer su competencia sobre los estados extranjeros³³.

Distinta y controvertida es la cuestión respecto a si esa renuncia frente al tribunal arbitral, imposibilita a ese estado a invocar su inmunidad de jurisdicción frente a las jurisdicciones locales que deben garantizar el procedimiento. O sea que la inmunidad de jurisdicción pueda ser invocada frente al juez local que controla la sentencia por una acción de nulidad, o el juez de exequátur o frente a las causas locales derivadas del litigio.

Y en el mismo sentido que lo concluyó la mayoría de la doctrina³⁴ se expidió la jurisprudencia francesa.

En el caso, *Etat français et autres c. société européenne d'études et d'entreprises et autres*³⁵ el Gobierno yugoslavo concluye un acuerdo con una empresa francesa para la construcción de una línea ferroviaria en Yugoslavia. El contrato contenía una cláusula de arbitraje. El estado extranjero no paga la totalidad de su deuda. La compañía pide a un tribunal arbitral que se pronuncie sobre el caso y luego trata de hacer cumplir el laudo arbitral dictado a su favor. Yugoslavia invoca inmunidad de jurisdicción. La *Cour de Cassation* rechaza los argumentos del estado, considerando que la aceptación por el estado extranjero de una cláusula

³² BOVIN, R. *International Arbitration with States: An overview of the risks*, 19 "J.Int.Arb." 285, 2002, p. 294.

³³ USSC, *Republica Argentina v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 1989, 448 U.S. 428, p. 434. OPARIL, R. J., *Waiver of sovereign immunity in the United States and Great Britain by an arbitration agreement*, "J. Int. Arb.", Vol. 3 N° 4, 1986, p. 61.

³⁴ GAILLARD, E., *Souveraineté et autonomie: réflexions sur les représentations de l'arbitrage international*, «JDI», N° 4, octubre 2007.

³⁵ Cass. Civ. 1°, 18/11/1986, *Revue de l'Arbitrage*, 1987, p. 149, con nota de DELVOLLE, Jean-Louis.

de arbitraje es válida a los efectos de la renuncia de este último a su inmunidad de jurisdicción.

Por su parte, la *Cour d'appel* de París consideró que un estado que firmó una convención arbitral, que prevé la designación del árbitro, no puede invocar su inmunidad de jurisdicción.³⁶ De esa manera la renuncia de la inmunidad de jurisdicción mediante la firma de una convención arbitral implica la renuncia para todos los procedimientos conexos y accesorios del arbitraje principal. La opinión de la jurisprudencia francesa respecto a la invocación de la inmunidad de jurisdicción frente al juez del exequatur, entiende que la misma ha sido renunciada al someterse al arbitraje, porque considera que el exequatur no constituye en sí mismo un acto de ejecución. Ello por cuando la ejecución forzada de la sentencia requiere un acto complementario, tal como el embargo³⁷.

Es particularmente importante la resolución de la *Cour d'appel* de París en el caso *Ambassade de la Fédération de Russie c. Société NOGA*³⁸.

En lo sustancial el tribunal de apelación entendió que la renuncia de un estado a "cualquier derecho de inmunidad" no implica una renuncia a su inmunidad diplomática contra la ejecución. Con ello revirtió la decisión del juez de ejecución del *Tribunal de grande instance* de París, ya que la sentencia de condena de la Federación de Rusia, sucesora de la URSS, no puede cumplirse sobre las cuentas abiertas a nombre de la Embajada de la Federación de Rusia en Francia, la Delegación de la Federación de Rusia a la UNESCO y la Representación Comercial de la Federación de Rusia en Francia. El juez francés se mostró así reacio a permitir el embargo de propiedades utilizadas para la realización de actos *iure imperii* del estado. Por lo tanto, se invita al acreedor del estado demandado a recurrir a activos asignados a las actividades *iure gestionis*. La dificultad radica en el hecho de que la mayoría de estos bienes ahora

³⁶ CA París, 19/06/1998, *UNESCO c. Boulois*, «Rev. Arb.», 1999, p. 343.

³⁷ Cass., Civ., 1º, 18/11/1986, JDI 1987, p. 120; Cass., Civ., 1º, 14/10/2009, Nº 08-14.978.

³⁸ CA París, 1ère chambre, section A, 10/08/2000, *Ambassade de la Fédération de Russie en France et a. c/ Compagnie Noga d'importation et d'exportation-réformation de Tribunal de grande instance de Paris*, 11 juillet 2000, 2001, Nº1, pp. 116 a 127.

están aislados en estructuras que se benefician de personalidad jurídica separada, incluso si es totalmente propiedad del estado. Para obtener satisfacción, el acreedor debe traspasar el velo de la persona jurídica, lo cual no es una tarea más fácil³⁹.

En cuanto a los hechos del caso, el 12/04/1991, la sociedad *NOGA Import and Export Company* (en adelante NOGA), una empresa suiza con sede en Ginebra, celebró un acuerdo de préstamo con el Gobierno de la Federación de Repúblicas Socialistas Soviéticas de Rusia (FRSSR), cuya sucesora es la Federación de Rusia, para financiar el suministro de diversos bienes y servicios.

El 29 de enero de 1992, NOGA celebró un nuevo acuerdo de préstamo con el Gobierno de la Federación Rusa.

Se acordó que el tomador del crédito procedería con la venta de productos derivados del petróleo para garantizar el reembolso de estos créditos.

Estos contratos, sujetos a la ley suiza, regulaban que en caso de una disputa que surja durante su ejecución de, el prestamista y el tomador acordaron consultarse entre sí para resolver la disputa de manera amistosa. Si las partes no llegaban a un acuerdo amistoso y sin perjuicio de cualquier otro medio legal, la disputa podría someterse a arbitraje a la Cámara de Comercio de Estocolmo para su resolución. El laudo arbitral resultante será final y vinculante para ambas partes. Asimismo ambos contratantes renunciaban a su derecho a apelar contra el laudo arbitral y el tomador del crédito renuncia a cualquier derecho de inmunidad con respecto a la ejecución del laudo arbitral dictado en su contra (arts. 14 y 15).

Además, en los arts. 8 del primer contrato y 9 del segundo en el título de declaraciones y garantías se regula que el prestatario está sujeto, con respecto a sus obligaciones bajo este contrato a la ley civil y comercial, que el endeudamiento por parte del prestatario en virtud del presente documento y el cumplimiento y el cumplimiento de sus obligaciones bajo el acuerdo por parte del prestatario constituyen actos de naturaleza privada y comercial y que el prestatario no puede reclamar ya sea para sí

³⁹ Emmanuel Gaillard, *La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international*,

https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/13-03-2007/13-03-2007_gaillard.pdf

o para sus activos o ingresos, sin inmunidad judicial, aplicación, convulsiones u otros procedimientos legales en relación con sus obligaciones título de este contrato.

De conformidad con las estipulaciones de los mencionados arts. 14 y 15 de los contratos, NOGA inició un procedimiento de arbitraje ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, que emitió dos laudos:

- el primero, de fecha 1 de febrero de 1997, condenó al Gobierno de la Federación de Rusia a pagar a NOGA la cantidad de 23.057.000 dólares de los EE.UU., además de intereses y costos,
- el segundo, fechado el 15 de mayo de 1997, llevó esta sentencia a la suma de \$ 27.294.500, además de intereses y costos.

Mediante sentencia de 17 de junio de 1998, el Tribunal de Primera Instancia de Estocolmo desestimó la solicitud de anulación parcial del segundo laudo, presentada por el Gobierno de la Federación de Rusia. Esta sentencia fue confirmada mediante sentencia del Tribunal de Apelación de Svea de 24 de marzo de 1999.

Posteriormente NOGA logra que el tribunal de primera instancia de París, mediante sentencia de 15 de marzo de 2000, junto con la ejecución provisional, declare ejecutorias en Francia los laudos arbitrales dictados en Suecia.

Sobre la base de estas decisiones, NOGA, el 18/05/2000, realizó el embargo de los derechos de bienes colocados en una caja fuerte en manos del Banco comercial para el norte de Europa-Eurobank, en detrimento del Gobierno de la Federación de Rusia y, en particular, de la Embajada de la Federación de Rusia, como una emanación este último, así como "cualquier otra entidad y / o persona que sería una rama de la Federación de Rusia y / o el Gobierno de la Federación de Rusia".

El 25 de mayo de 2000, la orden de embargo fue notificada al Gobierno de la Federación de Rusia, a la Embajada de la Federación Rusa en Francia, a la Representación Comercial de la Federación de Rusia en Francia y al Delegación permanente de la Federación de Rusia ante la UNESCO.

El 20 de junio de 2000, la Embajada de la Federación Rusa en Francia, la Representación Comercial de la Federación de Rusia en Francia y la Delegación Permanente de la Federación de Rusia ante la UNESCO demandan a la compañía NOGA ante el juez de ejecución del *Tribunal de Grande Instance* de París, solicitando la anulación de la orden de embargo.

Mediante sentencia de 11/07/2000, el juez de ejecución rechazó el motivo de nulidad esgrimido por la peticionante otorgando pleno efecto a las órdenes de embargo. Contra esta sentencia la Embajada de la Federación de Rusia y la Representación Comercial de la Federación de Rusia acreditados ante Francia y la Delegación Permanente de la Federación de Rusia en la UNESCO presentaron ante la *Cour d'appel* de París el recurso solicitando la anulación del procedimiento de primera instancia y de la sentencia dictada el 11 de julio de 2000 por el juez de ejecución del Tribunal de Primera Instancia de París.

Ante la instancia de revisión NOGA sostuvo que la Federación de Rusia ha renunciado, a su favor, a las inmunidades de jurisdicción y a todas las inmunidades contra la ejecución, tanto la inmunidad del estado como la inmunidad contra la ejecución diplomática; infiere esta renuncia de los términos de los arts. 14 y 8 del contrato suscripto el 12 de abril de 1991 y los arts. 15 y 9 del suscripto 29 de enero de 1992 ya mencionados. Le corresponde a la corte que conoce de una impugnación a una medida de ejecución obligatoria y frente a la cual se alega que el estado afectado por esta medida ha renunciado a las inmunidades plenas que le son reconocidas por los principios del derecho internacional consuetudinario y los convenios internacionales, apreciar el alcance de la renuncia invocada.

En su análisis, el juez de apelación observa que el derecho internacional regula que para cumplir los requisitos de las relaciones internacionales y garantizar el ejercicio independiente de la función diplomática, los estados partes en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 han adoptado normas que rigen el derecho diplomático y se refieren al derecho internacional consuetudinario para asuntos no regidos por ese Convenio.

En este instrumento internacional, el art 3 regula que las funciones de una representación diplomática consisten representar al estado que envía con el estado receptor, a proteger en el estado receptor los intereses del estado que envía y de sus nacionales, negociar con el gobierno del estado receptor, promover relaciones amistosas y desarrollar relaciones económicas, culturales y científicas entre el estado acreditante y el estado receptor. Por otra parte el Preámbulo de dicha Convención establece que la finalidad de los privilegios e inmunidades que establece no es beneficiar a las personas sino garantizar el desempeño efectivo de las funciones de las misiones diplomáticas como representantes de los estados. Asimismo de los arts. 22 a 28 se desprende que las garantías derivadas de la Convención no se limitan a la persona y los bienes del agente diplomático sino también al estado que envía en la medida necesaria para el ejercicio

de la función diplomática. De manera que mediante esta convención internacional se ha protegido el ejercicio de esta función, que es un atributo esencial de la soberanía de los estados, tradicionalmente reconocida por la comunidad de naciones. Es indubitable entonces que las inmunidades de las misiones diplomáticas y son inherentes a la conducta de las relaciones internacionales y están sujetas a un régimen específico, distinto del que se aplica a las inmunidades de ejecución otorgadas a los estados y derivadas de los principios del derecho internacional público.

Por otra parte, del contexto de los contratos suscritos entre las partes se desprende que el tomador del crédito renuncia a cualquier derecho de inmunidad con respecto a la aplicación del laudo arbitral dictado contra él en relación con este contrato. El tomador no se manifiesta inequívocamente a renunciar a favor de la otra parte, una persona jurídica de derecho privado, de invocar la inmunidad diplomática de ejecución y a permitir que esta sociedad comercial pueda, si fuera necesario, obstruir el funcionamiento y la acción de sus embajadas y representaciones en el extranjero, por lo tanto, es incorrecto que el juez de la primera instancia considere que las inmunidades de ejecución caen dentro del alcance de la renuncia consentida.

NOGA postula que las cuentas bancarias de una embajada no están cubiertas por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, ya que este tratado no contiene ninguna disposición se refiera inmunidades sobre estas cuentas. La Corte observa que si bien las cuentas bancarias de una embajada no se mencionan expresamente en dicho Convenio, éstas están destinadas a garantizar el desempeño efectivo de las funciones de las misiones diplomáticas, de allí que requieran la protección de los medios asignados para el ejercicio de estas funciones.

En este sentido, el art. 22 § 3 de la Convención establece que los locales de la misión, su mobiliario y demás bienes situados en ellos y los medios de transporte de la misión, no son la no sujeto a ninguna búsqueda, requisa, embargo o ejecución. Por otra parte, su art. 25 requiere que el estado receptor brinde todas las facilidades para el desempeño de las funciones de la misión.

La Corte concluyó que la protección de los valores en cuentas bancarias a nombre de una embajada destinados a satisfacer las necesidades de su actividad de servicio público en el territorio del estado receptor sigue las reglas de la relación del derecho diplomático y cae bajo el régimen específico de las inmunidades diplomáticas; extendiendo la aplicación de este régimen igualmente a la propiedad de una misión permanente ante una organización como la UNESCO.

De manera que teniendo en consideración que Las cuentas afectadas por el embargo están destinadas a la operación de la Embajada de la Federación Rusa, de la Delegación Permanente de la Federación de Rusia para la UNESCO y la Representación comercial de la Federación de Rusia en Francia, que, en virtud del acuerdo firmado el 3/09/1951, entre el Gobierno de la República francesa y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, "parte integral" de embajada de la Federación de Rusia y goza de las inmunidades reconocidas por ella.

La Corte declaró nula la medida de ejecución practicada el 18/05/2000, a solicitud de la accionante NOGA como cobertura de los activos poseídos sobre los fondos depositados en el Banco Comercial para el norte de Europa cuya titulares son la Embajada de la Federación de Rusia en Francia, la Representación Comercial de la Federación de Rusia en Francia y la Delegación Permanente de la Federación de Rusia en la Federación de Rusia. UNESCO.

Sin embargo, posteriormente la *Cour de cassation* dictó un fallo en sentido contrario en *Société Creighton c. Ministre des finances de l'Etat du Qatar et autres*. En el caso tras el incumplimiento de un contrato por parte del estado de Qatar, una empresa estadounidense obtiene un laudo arbitral en su favor. En la ejecución de la sentencia, el tribunal francés de ejecución ordena el embargo de las cuentas del estado extranjero. La *Cour d'appel* de Paris mediante sentencia del 11/06/1998 hace lugar a la inmunidad de ejecución invocada por el estado demandado.

La *Cour de Cassation* rechaza la excepción de inmunidad alegada por accionada. La aceptación de los procedimientos de la Cámara de Comercio Internacional, en particular el art. 24 allí regulado, que incluye la renuncia a cualquier recurso, lleva a la Corte a concluir que el estado no tiene derecho a invocar la inmunidad⁴⁰. Esta solución está en contradicción con la interpretación tradicional del art. 24 que no implica una renuncia a la inmunidad⁴¹.

⁴⁰ Cass. Civ. 1°, 6/07/2000, *Société Creighton c. Ministre des finances de l'Etat du Qatar et autre*, Bull. civ., I, N° 207, p. 135. Revue de l'arbitrage, 2001, p.114, Note LEBOULANGER, Ph.

⁴¹ GAILLARD, Emmanuel, *La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international*,

4. INMUNIDAD CONTRA MEDIDAS COERCITIVAS

4.1. DECISIONES JUDICIALES

Sobre la inmunidad del estado extranjero contra las medidas coercitivas, las decisiones judiciales tienen una singular importancia ya que las normas han tenido en Francia un rumbo sinuoso hasta alcanzar cierto nivel de certeza con la sanción de la *Ley Sapin II* y la subsiguiente jurisprudencia de la *Cour de Cassation*.

De manera a lo que acontece en otros estados, como Austria o Inglaterra, en Francia las decisiones judiciales indican claramente que la inmunidad de jurisdicción no implica necesariamente la inmunidad de la ejecución⁴². El examen de la jurisprudencia francesa revela una tendencia a limitar la ejecución de las sentencias, arbitrales en su mayoría, sobre la base de una distinción entre actos comerciales y actos gubernamentales⁴³. En general, los tribunales están dispuestos a autorizar la ejecución de un laudo arbitral mediante medidas coercitivas contra la propiedad utilizada por un Estado en el curso de sus actividades comerciales, pero no contra las de carácter soberano (a menos que se establezca que el estado en cuestión ha renunciado a su inmunidad). Por supuesto, algunas decisiones se apartan de este enfoque. Se exterioriza así el rol de la inmunidad de ejecución, que permite a un estado entorpecer cualquier medida de ejecución forzosa tanto en la persona de sus representantes como en los bienes que le pertenecen, cuando el acto denunciado tiene propósito es el ejercicio de la soberanía de ese estado⁴⁴.

El caso *Eurodif c. Estado de Irán*,⁴⁵ representa una desviación significativa de esta tendencia general. Según el fallo la inmunidad de ejecución disfrutada por el estado extranjero es, en principio para el funcionamiento

https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/13-03-2007/13-03-2007_gaillard.pdf

⁴² Cour d'appel de Rouen, *Société Bauer-Marchal et Cie. v. Ministre des Finances de Turquie*, 10/02/1965, «Rev. Crit. DIPriv.», 1965, p. 565.

⁴³ *République d'Iran et autres c. Société Eurodif et Sofidif et Commissariat à l'énergie atomique*, Cour d'appel de Paris (première Chambre), 21/04/1982, Clunet, 1983, p. 145; 65 ILR 93.

⁴⁴ Cass., Civ., 1°, 19/11/2008, N°07-10.570.

⁴⁵ Cass., Civ., 1°, 14/03/1984, N°82-12.642.

de su representación así como para los propósitos de su misión de soberanía; si la propiedad de un estado sirve o está asignada a las mismas actividades económicas o comerciales que las que dieron lugar a la reclamación bajo consideración en el arbitraje, no es posible invocar inmunidad de ejecución sobre estos bienes. En este caso, la propiedad estaría excluida de cualquier inmunidad⁴⁶. La única restricción en la aplicación de esta regla parece ser el requisito de que las transacciones sean de naturaleza de "derecho privado".

La cuestión de las posibles condiciones bajo las cuales un solicitante podría obtener medidas coercitivas sobre los bienes de un estado que no están vinculados en la transacción que dio lugar al reclamo han estado sujetas a cambios sin llegar a alcanzar plena claridad hasta ahora.

La jurisprudencia francesa no es realmente uniforme en términos de inmunidad del estado extranjero frente a las medidas coercitivas. Desde la sentencia *Englander c. Banque d'etat tchecoslovaque*,⁴⁷ varias decisiones judiciales distinguen, a los fines de ejecución, entre los bienes que pertenecen a la actividad comercial y aquellos destinados a la acción gubernamental. En *Procureur de la République c. LIAMCO*⁴⁸, el tribunal de París rechazó el pedido de embargo para hacer cumplir un laudo arbitral contra Libia sobre la base de su incapacidad para determinar si la propiedad estaba asignada a actos de gobierno o servicio público. Esta decisión fue fuertemente criticada por la doctrina francesa.⁴⁹

Sin embargo, en una histórica sentencia en el caso *Eurodif c. Irán*, el tribunal supremo de Francia redefinió las normas relativas a las modalidades de imposición de medidas coercitivas en casos que caen dentro de la inmunidad del estado soberano. En el caso, *Eurodif*, sociedad constituida en Francia formada por organizaciones en varios países europeos

⁴⁶ Cass., Civ., 1°, 14/03/1984, N°82-12.642.

⁴⁷ Cass. Civ. 1°, 11/02/1969. Ver también *Procureur de la République c. S.A. Ipitrade International*, JDI, vol. 106, 1979, p. 857, nota de OPPETIT, B.

⁴⁸ *Procureur de la République c. LIAMCO, décision du 5 mars 1979, tribunal de grande instance de Paris*, Clunet, 1979, p. 857; 65 ILR 78.

⁴⁹ Ct. app. Rouen, 10/02/1965, *Société Bauer-Marchal v. Ministre des Finances de Turquie*, 1965 « J.D.I. », p. 655.

TGI Paris, Arrêt, 05/03/1979, *Procureur de la République et autres c/ Sté Liamco et autres*, « JDI » 1979, p. 857, 2° esp., nota de B. OPPETIT.

para la construcción y operación de la planta de enriquecimiento de uranio Tricastin, había iniciado un procedimiento de arbitraje contra Irán, de conformidad con una cláusula del contrato suscripto por las partes. A la espera del resultado de este arbitraje, ella había solicitado y obtenido una orden de embargo del tribunal mercantil como garantía para su reclamo. Irán presentó un recurso ante el Tribunal de Apelación de París, que dictaminó que el estado tenía derecho a invocar la inmunidad soberana del estado al señalar que la deuda embargada como consecuencia de la medida ordenada por el juez de primera instancia, se debía al Estado iraní y representaba una suma de dinero, en concepto de la cantidad principal de la deuda más los interés⁵⁰. El uso de estas sumas no estaba sujeto a ninguna restricción, de manera que el Gobierno del Irán se vio privado de la capacidad de decidir sobre la soberanía sobre la asignación de fondos a las actividades del gobierno que consideró apropiadas. Sin embargo, la *Cour de Cassation* consideró que la inmunidad aquí aplicada era incorrecta y revocó la decisión del Tribunal de Apelación.⁵¹

La Corte introduce en el caso *Eurodif* una norma general según la cual la inmunidad del estado no se aplica cuando la medida solicitada se dirige contra los bienes utilizados en la misma actividad económica o comercial que dieron lugar a la acción judicial, siempre que las transacciones sean de naturaleza de "derecho privado".⁵²

La Corte adoptó una solución idéntica en la decisión sobre la aplicación de la inmunidad de ejecución a las cuentas bancarias de las embajadas de un estado extranjero o de su misión diplomática en el caso *Société NML Capital c. República Argentina* de 28/09/2011⁵³ y en las tres sentencias del 28 /03/2013⁵⁴ mediante las cuales extendió esta solución a los créditos fiscales y de seguridad social, así como para las cuentas

⁵⁰ CA Paris, 21/04/1982, *Eurodif*, « JDI », 1983, p.145, nota de B. OPPETIT.

⁵¹ Cass., Civ., 1°, 14 mars 1984, *SA. Eurodif et Sodidif c. République islamique d'Iran*, D., 1984, 629, *rapport FABRE*, nota de ROBERT; «R.G.D.I.P.», 1985, p. 813, nota de ROUSSEAU, JDI 1984, 598, nota de B. OPPETIT.

⁵² LACHAUME, Jean-François, *Jurisprudence française concernant le droit international public-Année 1984*, en « *Annuaire français de droit international* », vol. 31, 1985, p. 950.

⁵³ Cass., Civ., 1°, 28/09/2011, *NML Capital Ltd. c. République Argentine*, N° 09-72057.

⁵⁴ Cass., Civ., 1°, 28/03/2013, N°10-25.938, 11-10.450 y 11-13.323

por cobrar correspondientes a contribuciones fiscales o parafiscales. Como resultado, cualquier incautación relacionada con reclamos "necesariamente relacionados con el ejercicio por parte del estado de las prerrogativas relacionadas con su soberanía" sería nula e inválida.

Sin embargo, en su sentencia de 13/05/2015, la *Cour de Cassation* declaró que corresponde al estado probar que las cuentas se abrieron para el ejercicio de sus misiones diplomáticas, de modo que los fondos depositados se beneficiaran de la presunción de asignación al ejercicio de sus misiones y, por lo tanto, de inmunidad de ejecución⁵⁵.

En el caso, la República del Congo se había comprometido a renunciar de forma definitiva e irrevocable a cualquier inmunidad de jurisdicción y ejecución en favor de *Commissions import export* (Commisimpex), una empresa de transporte. Como consecuencia del laudo arbitral de la Cámara de Comercio Internacional de París del 3/12/2000, se ordenó el embargo de las cuentas bancarias abiertas a nombre de la misión diplomática en París de la República del Congo y su delegación en la UNESCO.

La Corte de Apelación de Versalles respondió en una sentencia de 15/09/2012 que "el derecho internacional consuetudinario estipula que las misiones diplomáticas de estados extranjeros gozan de una inmunidad de ejecución autónoma a la que se puede renunciar únicamente de tal forma que expreso y especial".

La máxima instancia judicial francesa consideró que las misiones diplomáticas de los estados extranjeros no gozan de una inmunidad de ejecución independiente de la que se otorga al estado del que dependen, por lo cual exige una renuncia específica; que al juzgar eso la renuncia de la República del Congo, en la carta de nombramiento de 3/03/1993, invocando cualquier inmunidad de jurisdicción, así como cualquier inmunidad de ejecución, no era una renuncia a la inmunidad de ejecución de las misiones diplomáticas. Al considerar que no se requiere una exención especial de las inmunidades de las misiones diplomáticas de estados extranjeros, el juez de apelación afectó desproporcionadamente los derechos de COMMISIMPEX a la ejecución de beneficio, en violación del art. 22 de la Convención de Viena de 1961, los principios de derecho internacional que rigen la inmunidad de ejecución de estados extranjeros, el art. 6, §1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos

⁵⁵ Cass. Civ., 1°, 13/05/2015, N°13-17751, Bull. civ. 2015, N° 5, I, N° 107.

Humanos y las Libertades Fundamentales de 4/11/1950 y art.1 del Protocolo adicional N° 1 de 20/03/1952 (parr 1°).

Y agrega que de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, las misiones diplomáticas de los estados extranjeros disfrutaban, para el funcionamiento de la representación del estado receptor y las necesidades de su misión de soberanía, de una inmunidad de ejecución autónoma a la que solo se puede renunciar de manera expresa y especial, sin caracterizar la existencia de una práctica general aceptada como derecho en ese sentido, esta existencia se impugna expresamente, el Tribunal de Apelación privó su decisión de motivos en violación de art 455 del Código de Procedimiento Civil.

La *Cour de Casación* adoptó en este pronunciamiento una concepción mucho más estricta al afirmar que, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, las misiones diplomáticas de los estados extranjeros disfrutaban, para el funcionamiento de sus representaciones y las necesidades de su misión de soberanía, de la inmunidad de ejecución autónoma a la que se puede renunciar solo de manera "expresa y especial".

4.2. SANCIÓN DE LA LEY SAPIN II

El 09/12/2016 entro en vigencia la Ley N° 2016-1691 de sobre transparencia, lucha contra la corrupción y modernización de la vida económica, conocida como *Ley Sapin II*.⁵⁶ La referida norma nace con el objetivo principal de igualar el régimen anticorrupción francés al nivel de los estándares internacionales e incluye medidas y requisitos concretos que las empresas tendrán que poner en práctica en este ámbito. Pero allí mediante una enmienda al proyecto original de ley, también se establece un nuevo régimen con relación a la posibilidad de solicitar y obtener medidas provisionales, cautelares, conservatorias y de ejecución forzada respecto de los estados extranjeros.

Los nuevos artículos L. 111-1-1 al L. 111-1-3 del Código de Procedimientos de Ejecución Civil tienen el efecto de regular más estrictamente la aplicación de medidas de ejecución forzada contra estados condenados por una decisión del tribunal estatal o un laudo arbitral y así proteger aún más sus bienes⁵⁷.

⁵⁶ Aprobada el 09/12/2016 y popularizada bajo el nombre de *Ley Sapin II*, en honor al ministro de finanzas Michel Sapin.

⁵⁷ DANIS, Marie, *Immunité des états: un amendement d'opportunité de la Loi Sapin II?*, 04/01/2017.

4.3 AUTORIZACIÓN PREVIA DEL JUEZ

El artículo L. 111-1-1 del Código de Procedimientos de Ejecución Civil establece que no pueden llevarse a cabo medidas provisionales o de ejecución forzada sobre un bien que pertenece a un estado extranjero, a menos que haya una autorización previa de un juez a través de una orden expresa.

La nueva norma limita la posibilidad con que contaba la accionante que hubiere obtenido el exequátur de un laudo arbitral condenatorio a un estado extranjero para accionar de manera coercitiva directamente contra uno de sus bienes ubicados en territorio francés. A partir de ahora, cualquier medida debe haber sido autorizado primero por el juez.

La autorización previa del juez está sujeta a condiciones (art L. 111-1-2 del Código de Procedimientos Civiles).

Según este artículo las medidas provisionales o medidas de ejecución forzada con respecto a un bien que pertenece a un estado extranjero sólo pueden ser autorizadas por un juez si se cumplen una de las siguientes condiciones:

1° El estado involucrado consintió explícitamente la aplicación de esta medida;

2° El estado involucrado reservó o asignó ese bien a la satisfacción del pedido que es objeto del procedimiento;

3° Cuando un juicio o un laudo arbitral fue emitido contra el estado involucrado y cuando el bien en cuestión es específicamente utilizado o destinado a ser usado por ese estado para otros fines que no son de servicio público no comercial y mantiene vínculos con la entidad contra la cual se presentó el procedimiento

Para la aplicación del 3°, se consideran sobre todo como específicamente utilizados o destinados a ser utilizados por el estado con fines de servicio público no comerciales, los siguientes bienes:

a) Los bienes, incluidas las cuentas bancarias, utilizadas o destinadas a ser utilizadas en el desempeño de las funciones de la misión diplomática del estado o de puestos consulares, en misiones especiales, en misiones en organismos internacionales, o en delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales;

b) Los bienes de carácter militar o los bienes utilizados o destinados a ser utilizados en el ejercicio de funciones militares;

c) Los bienes que constituyen el patrimonio cultural del estado o de sus archivos que no están, ni se destinan a ser vendidos

d) Los bienes que forman parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico que no están destinados a la venta ni serán vendidos;

e) Los acreedores fiscales o socios del estado.

De manera que una medida de ejecución forzada requerirá, conforme a la nueva regulación, de tiempo especialmente cuando sea necesario probar el carácter comercial de la propiedad, dadas las dificultades que suele implicar este tipo prueba.

El último artículo introducido por la Ley Sapin II (L. 111-1-3 del Código de Procedimientos de Ejecución Civil) tiene como objetivo fortalecer la inmunidad de la propiedad diplomática al exigir una renuncia expresa y especial de su inmunidad del estado para la implementación de la ley implementación de una medida obligatoria de cumplimiento.

En este sentido la norma introducida regula que *Las medidas provisionales o medidas ejecutorias forzadas no pueden realizarse sobre los bienes, incluyendo cuentas bancarias, utilizadas o destinadas a ser utilizadas durante el ejercicio de las funciones de la misión diplomática de los estados extranjeros o de sus puestos consulares, de sus misiones especiales o de sus misiones en las organizaciones internacionales, solamente pueden realizarse en caso de renuncia explícita y especial del estado interesado.*

Este artículo importa un cambio frente a la jurisprudencia de la *Cour de Cassation*⁵⁸ que eliminó el requisito de una "exención especial" para apearse a una "renuncia expresa".

De manera que las nuevas normas pretenden aclarar la regulación francesa frente a los cambios en la reciente jurisprudencia de la *Cour de Cassation* sobre inmunidad de ejecución y que hacer prever posibles disputas diplomáticas.

Conviene tener presente que esta reforma legislativa introducida por la Ley *Sapin II* se produjo inmediatamente después del pronunciamiento del laudo arbitral Yukos de julio de 2014 emitido por la Corte

⁵⁸ Cass., Civ. 1°, 13 /05/2015, pourvoi N°13-17751, Bull. civ. 2015, N° 5,I ,N° 107

Internacional de Arbitraje de La Haya, que condenó a Rusia a pagar \$ 50 mil millones a los antiguos accionistas de la compañía Yukos⁵⁹ y que diera lugar a varios procesos judiciales en Francia⁶⁰ (ii) la nota diplomática de Rusia dirigida a la Embajada de Francia.

Independientemente de los motivos de esta modificación, complicará las demandas precautorias y las medidas de aplicación de los acreedores, al tiempo que alargará los plazos.

Recientemente el tribunal superior de Francia introdujo una revocación parcial de la jurisprudencia.⁶¹ Con el objetivo de preservar la coherencia y la seguridad jurídica entendió necesario un retorno a su jurisprudencia anterior en consideración a la Ley N° 2016-1691, por lo cual abandona la doctrina resultante del pronunciamiento del 13/05/2015.⁶²

En efecto en su resolución de 10/01/2018 la *Cour* consideró que los cambios introducidos por la Ley *Sapin II* al Código de los procedimientos civiles de ejecución, regulan las condiciones de la validez de la renuncia por parte de un estado extranjero a su inmunidad de ejecución las cuales se contradicen con la doble condición impuesta anterior por el tribunal que exigía que esta renuncia sea “especial y expresa”, doctrina resultante de la sentencia de la Corte del 13/05/2015 que a su vez es contradictoria a su jurisprudencia anterior.⁶³

De manera que el juez de casación resolvió que dado que se tratan de cuestiones relacionadas entre sí y vinculadas a la soberanía estatal

⁵⁹ Corte permanente de arbitraje de La Haya, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 227. Disponible on line en <https://pca-cpa.org/en/cases/61/>

⁶⁰ Tribunal de Grande instance de Paris, juez de ejecución, sentencia de 28/04/2016 *Société Hulley Enterprises Limited c. Fédération De Russie*.

Cour d'appel de Paris, Pôle 1, Chambre 1, sentencia de 27/06/2017, N° 15/11667, *Fédération de Russie c. Société Hulley Enterprises Limited*.

Cour d'appel de Paris, Pôle 4, Chambre 8, N° 16/01314, *Société Hulley Enterprises Limited c. Roscosmos, agence spatiale fédérale russe en cours de liquidation et Rocosmos Corporation, société d'État*.

⁶¹ Cass., Civ., 1°, 10/01/2018, N° 16-22.494.

⁶² Cass., Civ., 1°, 13/05/2015, N°13-17751, Bull. civ. 2015, N° 5,I, N° 107.

⁶³ Cass., Civ., 1° 28/09/2011, N° 09-72.057, Bull. 2011, I, N° 153; Cass., Civ., 1° 28/03/2013, N° 10-25.93; N° 11-10.450, Bull. 2013, I, N° 62, 63.

y la preservación de sus representaciones diplomáticas, corresponde tratarlas de forma idéntica, con el objetivo de preservar la coherencia y la seguridad jurídica que exige regresar a la jurisprudencia anterior a 2015 consolidada por la nueva ley.

5. EL CONFLICTO ENTRE NML CAPITAL Y LA REPÚBLICA ARGENTINA EN LOS TRIBUNALES FRANCESES

Como se ha dicho ya en el capítulo dedicado a la jurisprudencia de los tribunales de los EE.UU., en 1994 Argentina suscribió un acuerdo marco de emisiones de bonos de deuda, el Acuerdo Fiscal de 1994 (*Fiscal Agency Agreement*) que en su art. 22 disponía la renuncia de la República Argentina a la inmunidad soberana. En ese marco, Argentina vuelve a suscribir varios acuerdos similares en los años 2000 de emisión de bonos de deuda, que conservan la misma cláusula. La sociedad NML Capital Limited (NML), que es una filial de un fondo de Nueva York que compró los bonos a poco más de la mitad de su valor nominal entre junio de 2001 y septiembre de 2003, posteriormente demandó a la Argentina ante los tribunales de Nueva York.

El 11/05/2006, NML logró que un tribunal federal de Nueva York dictara una sentencia de puro derecho (*summary judgment*) en relación con los bonos por más de u\$d 284 millones. Posteriormente, intentó hacer valer la sentencia ejecutando los activos del Estado argentino en destinos estados.

El 3/04/2009 el fondo especulativo NML Capital Limited logró del *Tribunal de grande instance* de París el embargo de los fondos depositados en cuentas a nombre de la República Argentina del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria. Contra esta medida el Estado argentino, su Embajada en Francia y su Delegación Permanente ante la UNESCO solicitaron a la *Cour d'appel* de París la liberación de la incautación sobre la base del art. 1 la Ley de 9 de julio de 1991 y la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 El tribunal de apelación (1/10/2009) declaró que los fondos asignados a las misiones diplomáticas gozaban de una presunción de utilidad pública, y que las cuentas bancarias de una embajada se presumen utilizadas para el desempeño de sus funciones. El acreedor que pretendiera apoderarse de los fondos depositados en estas cuentas deberá probar que estos activos se utilizan para una actividad privada o comercial.

La accionante NML cuestionó la sentencia por la cual se ordena la liberación de los fondos embargados.

Llegado el caso a la *Cour de Cassation*, el tribunal superior francés analiza el alcance de la inmunidad del estado extranjero frente a las medidas coactivas.

La Corte observa que de conformidad con el artículo 38, párrafo 1, b, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el derecho internacional consuetudinario constituye una práctica general aceptada como ley; la costumbre internacional ha ampliado los privilegios e inmunidades previstos en la Convención de Viena de 18/04/1961 a las sumas depositadas en una cuenta bancaria destinada a garantizar el desempeño eficiente de las funciones de las misiones diplomáticas y facilitar las funciones oficiales para que estas sumas se beneficien en adelante de una inmunidad de ejecución autónoma a diferencia de otros bienes del estado acreditante. La renuncia a esta inmunidad de ejecución de esos fondos debe ser necesariamente expresa, por lo cual nunca se la considera implícita.

Ahora bien, si los estados extranjeros cuentan, en principio, con inmunidad de ejecución, no se benefician de ella cuando se establece que la propiedad en cuestión no está vinculada al ejercicio de una actividad de soberanía, sino a una operación económica, comercial o civil de derecho privado. Para beneficiarse de la inmunidad de ejecución, los fondos ubicados en cuentas bancarias, la fuente de dichos fondos resulta indiferente ya que solo su presencia en la cuenta y su asignación a la reparación de los locales de la embajada, aunque tal asignación excluía precisamente cualquier inmunidad de ejecución en la medida en que no se refería al ejercicio de **xxxxx**

Asimismo cuando estén destinadas a solventar los servicios o funciones que están bajo la soberanía del estado y son partes integrales de la misión diplomática como son las relacionadas al Agregado de Defensa, del ejército argentino, la fuerza aérea, la de la Fundación argentina, o las que tiene por objeto ayudar a los estudiantes argentinos que residen en la Ciudad Universitaria, la Oficina de turismo y la Delegación Argentina ante la UNESCO que es parte integrante de la misión diplomática no son fondos destinados a una actividad comercial y calificación dentro de la categoría de fondos con fines de la misión diplomática".

De manera que la Corte resuelve que la Convención de Viena establece privilegios e inmunidades cuyo propósito no es el de beneficiar a las personas, sino el de garantizar el desempeño efectivo de las funciones de las misiones diplomáticas como representantes de los estados; que el derecho internacional consuetudinario ha ampliado su protección a las sumas colocadas en una cuenta bancaria destinada a cumplir ese propósito y facilitar las funciones oficiales; que los fondos asignados a las misiones

diplomáticas participan de la inmunidad de ejecución del estado extranjero y de sus representaciones en el exterior; que se benefician de una presunción de utilidad pública⁶⁴. Agrega que se presume que las cuentas bancarias de una embajada están asignadas al desempeño de las funciones de la misión diplomática y por lo tanto incumbe al acreedor demostrar que esos bienes se utilizan para una actividad privada o comercial, doctrina de Corte en su sentencia de 1984; la carga de la prueba corresponde al solicitante de la medida cautelar o de ejecución. Finalmente, los fondos de la misión diplomática gozan de inmunidad de ejecución autónoma en relación con los demás bienes del estado que envía lo cual requiere que la renuncia a esta inmunidad solo puede ser expresa⁶⁵.

En la jurisdicción francesa, NML Capitales consiguió en primer instancia que se traben embargos preventivos a tres sociedades establecidas en Francia: Total Austral⁶⁶, BNP Parisbas⁶⁷ y Air France⁶⁸ por considerar que como tenían sucursales en Argentina, eran deudoras en cierta medida de impuestos y contribuciones sociales fiscales argentinas, por lo que solicitó el embargo de esa deuda al Fisco argentino en concepto de reembolso de las sumas adeudadas por la falta de pago de los bonos por parte del Estado argentino.

Las tres sociedades junto al Estado argentino recurrieron las sentencias a fin que se levanten los embargos, habiéndose declarado la nulidad rápidamente en los tres casos. NML Capital interpuso contra las tres resoluciones recurso de casación. El 28/03/2013 la *Cour de cassation* confirmó el levantamiento de los embargos preventivos en los tres casos, aceptando

⁶⁴ La *Cour de cassation* de Bélgica se pronunció en términos similar a su par francesa en el caso *NML c/ République d'Argentine* al sostener que (...) "*En vertu de la règle coutumière internationale ne impediatur legatio, suivant laquelle le fonctionnement de la mission diplomatique ne peut être entravé, l'ensemble des biens de cette mission qui servent à son fonctionnement bénéficie d'une immunité d'exécution autonome, se superposant à celle de l'État accréditant.* (...) Fallo completo en Cass, 22/11/2012, NML c/ République d'Argentine, R.D.I.D.C., 2013, p. 67-94). Esta doctrina fue confirmada por el mismo tribunal belga en el caso N° C.13.0537.F del 11/12/2014.

⁶⁵ Cass., Civ., 1°, 28/09/2011, *Société NML Capital Ltd. c. République Argentine*, N° 09-72057.

⁶⁶ Cass., Civ., 1°, 28/03/2013, Arrêt N° 394, N° 1025.938.

⁶⁷ Cass., Civ., 1°, 28/03/2013, Arrêt N° 395, N° 1110.450.

⁶⁸ Cass., Civ., 1°, 28/03/2013, Arrêt N° 396, N° 1113.323.

los argumentos esgrimidos por el Estado argentino que había invocado inmunidad de ejecución⁶⁹.

La resolución del máximo tribunal francés se apoyó en dos ejes centrales de argumentación: 1) por un lado la costumbre internacional, reflejada en una convención particular (Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidad de jurisdicción del estado y sus bienes del 2/12/2004); 2) una interpretación restrictiva de la renuncia de los estados a la inmunidad de ejecución.

La máxima instancia judicial francesa sostuvo que de la Convención de las Naciones Unidas⁷⁰ surge que si bien los estados pueden renunciar a su inmunidad de ejecución, deben hacerlo de modo expreso, mencionando los bienes o la categoría de bienes para los cuales se consiente la renuncia⁷¹.

En cuanto al modo expreso entiende que la jurisprudencia internacional se ha pronunciado en ese sentido, por ejemplo los fallos de la Corte

⁶⁹ *Dossier spécial*, «Revue générale de droit international public», 2013, Vol. 117, N° 2, pp. 195 a 201.

⁷⁰ Art. 19

Inmunidad del estado respecto de medidas coercitivas posteriores al fallo

No podrán adoptarse contra bienes de un estado, en relación con un proceso ante un tribunal de otro estado, medidas coercitivas posteriores al fallo como el embargo y la ejecución, sino en los casos y dentro de los límites siguientes: cuando el estado haya consentido expresamente en la adopción de tales medidas, en los términos indicados:

por acuerdo internacional;

por un acuerdo de arbitraje o en un contrato escrito; o

por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita después de haber surgido una controversia entre las partes; o

cuando el estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso; o

cuando se ha determinado que los bienes se utilizan específicamente o se destinan a su utilización por el estado para fines distintos de los fines oficiales no comerciales y que se encuentran en el territorio del estado del foro, si bien únicamente podrán tomarse medidas coercitivas posteriores al fallo contra bienes que tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso.

⁷¹ *Regis Bismuth, Société NML Capital c/République Argentine*, en «Grandes décisions françaises de droit international, 28 sept. 2011 - 28 mars 2013», p. 647.

Europea de Derechos Humanos⁷², en los que se indica que la Convención debe interpretarse en salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, de modo que se concilien con todas las reglas del derecho internacional. Y por eso cree que al ser una de las reglas del derecho internacional a la inmunidad de los estados extranjeros, concebido como una garantía de los estados, y por lo que surge del art. 6 de la Convención Europea, resulta claro que la renuncia debe ser expresa, solución que es la que mejor se concilia con el derecho a la que se aplican.

Ahora, en cuanto a la especialidad, entiende que ello deriva de la correcta interpretación de la inmunidad de jurisdicción ya que la ejecución es la clara conclusión de un proceso, por lo que requiere condiciones especiales su renuncia, no pudiendo otros estados accionar sobre los bienes del estado extranjero que no haya puesto a disposición a esos fines⁷³.

6. CONCLUSIÓN

La regulación de la inmunidad de jurisdicción del estado extranjero en el Derecho francés no surge de los textos legales franceses, sino que su principal fuente es la jurisprudencia. En efecto, en Francia, la cuestión ha sido tratada principalmente por los tribunales, por lo que su evolución es esencialmente jurisprudencial.

Las intervenciones del legislador francés sobre el tema inmunidades del estado extranjero han sido muy específicas y versan principalmente

⁷² El fallo hace referencia a los siguientes pronunciamientos de la Corte europea de derechos humanos: Grande chambre, 21/11/2001, *Al Adsani/Royaume Uni*, N° 35763/97; *Forgaty/Royaume Uni*, N° 37112/97; *Mc Elhinney/Irlande*, N° 31253/96 ; 12/12/2002; *Kalogeropoulou e.a./Grèce et Allemagne*, N° 59021/00; Grande chambre, 23/03/2010, *Cudak/Lituanie*, N° 15869/02, 29/06/2011, *Sabeh El Leil/France*, N° 34869/05

⁷³ NML Capital lleva el caso ante la Corte Europea de Derecho Humanos (CEDH) donde plantea que su intento de hacer efectivo el reembolso de la deuda de Argentina mediante el embargo de bienes de propiedad del Estado argentino en Francia, el juez judicial francés, en aplicación de la inmunidad diplomática de ejecución, se negó a conceder la solicitud de la demandante. El tribunal europeo dictaminó la inadmisibilidad del recurso porque el demandante tenía todavía un recurso interno de apelación ante el juez administrativo francés. CEDH, *décision du 5 février 2014, NML Capital Ltd c. France*, N° 23242/12.

sobre la inmunidad de ejecución. En este sentido la sanción de la Ley Sapin II vino a orientar a los jueces y reforzar la seguridad jurídica.

En cuanto al rol de los tribunales franceses en el conflicto entre NML Capital y Argentina, cierta doctrina señaló que si bien a nivel internacional la renuncia expresa es necesaria a los fines de que ceda la inmunidad, lo cierto es que la interpretación restrictiva que realiza la *Cour de cassation*, resulta de excesiva en la interpretación de la norma según la costumbre internacional. En efecto no se establece en ninguna de las Convenciones que rigen el caso la efectiva necesidad de que el estado extranjero haga una especial mención de los bienes sometidos a esa renuncia, o sea ejecutables⁷⁴.

Si bien en un anterior fallo ya había adoptado similar postura, lo cierto es que en el caso *Société NML Capital Ltd c/ République Argentine*⁷⁵ la demanda de NML Capital era a los fines de embargar bienes afectados al ejercicio de la función diplomática, por lo que en ese contexto resulta clara la restricción, ya no por la inmunidad de jurisdicción y ejecución de los estados, sino por la inmunidad diplomática específica y autónoma. En ese contexto resultaba claro que la renuncia debía efectuarse con individualización de los bienes embargables, o sea sobre los cuales podría llegar a opera una renuncia a la inmunidad diplomática.

Ahora bien la extensión de esa restricción a bienes que en definitiva hacen a su facultad de recaudación, o sea a la soberanía del estado extranjero en materia tributaria, implica agregar una condición que la norma no prevé.

En el caso puede considerarse que derivó del contexto en los que se dieron los hechos, en el cual la Argentina en situación de *default* decidió renegociar la deuda, a lo que se negaron los llamados *hold-outs*, por lo que evidentemente en clara protesta de la “especulación” de esos fondos, puede entenderse que los jueces franceses encontraron la manera para proteger la soberanía de un estado del que se estaban aprovechando, poniendo por delante su inmunidad.

⁷⁴ PAVANELLO, Pier-Paolo, *L'affaire NML Capital, Ltd. c. République d'Argentine: analyse de la problématique de l'activité des «Fonds vautours» dans le cadre de la restructuration de la dette souveraine*. Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2017. <http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:8692>.

⁷⁵ *Société NML Capital Ltd c/ République Argentine*, cass. 1 civ., 28/09/2011, N° 09-72057.

CAPÍTULO 8

CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES

Gustavo Carrizo Adris

1. LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

Es un principio básico del derecho internacional que un Estado soberano (el Estado del foro) no se pronuncie sobre la conducta de un Estado extranjero demandado, el cual tiene derecho a la inmunidad en los procesos del estado del foro¹.

Esta inmunidad se extiende a la responsabilidad penal y civil. “*La inmunidad del Estado... es una criatura de derecho internacional consuetudinario y se deriva de la igualdad de los Estados soberanos*”.²

La doctrina de la inmunidad del Estado extranjero, surgida a principios del siglo XIX, es ampliamente reconocida como una norma de derecho internacional consuetudinario. El carácter consuetudinario de las inmunidades del estado se establece claramente en el Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas: "considerando que las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes se derivan de un principio generalmente aceptado del derecho internacional consuetudinario"³. Por lo general, se justifica en el fundamento formal de que, como los estados son soberanos iguales e independientes, un estado no puede juzgar a otro, como lo expresa la máxima *par en parem non habet imperium*, o en el terreno funcional que la doctrina facilita las relaciones exteriores⁴

Es además una regla establecida del derecho internacional consuetudinario que un estado no puede ser demandado en los tribunales de otro

¹ SHAW, Malcolm N., *International Law*, Cambridge University Press, 5ta ed., 2003, p. 621.

² CIJ, *Jurisdictional immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. 03/02/2012, “I.C.J. Reports 2012”, pp. 99 a 156.

³ Asamblea General, ONU, Res. 59/38, *Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los estados y sus bienes*, 16/12/2004.

⁴ KNUCHEL, Sevrine, *State Immunity and the Promise of Jus Cogens*, *North-western Journal of International Human Rights*, Vol. 9, N° 2, Art. 2, 2011.

por actos de *iure imperii*. La inmunidad no se deriva de la autoridad o dignidad de los estados soberanos o la necesidad de proteger la integridad de sus funciones gubernamentales. Deriva de la naturaleza soberana del ejercicio de los poderes del estado y del principio básico del derecho internacional de que todos los estados son iguales.⁵

La soberanía históricamente fue considerada como un atributo perteneciente a un individuo en particular en un estado y no como una manifestación abstracta de la existencia y el poder del estado⁶. El soberano era una persona definible, a quien se debía la lealtad. Como parte integral de esta mística, el soberano no podía estar sujeto a los procesos judiciales de su país. En consecuencia, resultaba apropiado que no pudiera ser demandado ante tribunales extranjeros. La idea del soberano personal, indudablemente, se habría visto socavada si los tribunales locales hubieran podido ejercer su jurisdicción sobre los soberanos extranjeros. Esta personalización fue reemplazada gradualmente por el concepto abstracto de soberanía estatal, pero la mística básica permaneció. Además, la independencia y la igualdad de los estados hicieron que, de manera filosófica y prácticamente difícil, los tribunales municipales de un país manifestaran su poder sobre los estados soberanos extranjeros, sin su consentimiento.

El caso clásico que ilustra esta relación entre la jurisdicción territorial y la inmunidad soberana es *The Schooner Exchange v. McFaddon*, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos (USSC). El Chief Justice Marshall sostuvo que la jurisdicción de un estado dentro de su propio territorio era exclusiva y absoluta, pero no abarca a los soberanos extranjeros. Señaló que "*La igualdad perfecta y la independencia absoluta de los soberanos... han dado lugar a una clase de casos en los que se entiende que todo soberano renuncia al ejercicio de una parte de esa jurisdicción territorial exclusiva y completa, que se ha señalado como el atributo de toda nación*"⁷.

En esta línea argumental en el caso *Ex parte Pinochet* (Nº 3) se argumentó que (...) "*Es un principio básico del derecho internacional*

⁵ *Holland v Lampen-Wolfe, Final appeal*, [2000] UKHL 40, ILDC 223 (UK 2000), [2000] 1 WLR 1573, [2000] 3 All ER 833, (2002) 119 ILR 367, 20th July 2000, House of Lords [HL]

⁶

⁷ USSC, *The Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116 (1812).

*que un estado soberano (el estado del foro) no juzga la conducta de un estado extranjero. El estado extranjero tiene derecho a la inmunidad procesal de los procesos del estado del foro. Esta inmunidad se extiende a la responsabilidad penal y civil*⁸.

La inmunidad de jurisdicción del estado es el atributo de todo estado soberano, que impide que otros estados ejerzan jurisdicción sobre los actos que realice en ejercicio de su potestad soberana, o bien sobre los bienes de los cuales es titular o utiliza en ejercicio de dicha potestad soberana.

Así, la inmunidad de jurisdicción es invocada por los estados cuando ante un tribunal nacional se presenta una demanda contra un estado extranjero o contra un organismo que le es dependiente, o cuando existe la pretensión de adoptar una medida coactiva, como la ejecución de una sentencia contra los bienes pertenecientes a un estado situados en el territorio de otro estado.

El estado extranjero no está exento de cumplir con la ley del estado territorial pero no puede ser sometido a la jurisdicción de sus tribunales.

La inmunidad de jurisdicción no es sino una consecuencia del principio de igualdad de los Estados. *Inter pares non habet imperium* reza la máxima latina vigente en el derecho internacional. Se plantean casos en que la jurisdicción no puede ejercerse normalmente debido a factores especiales. El concepto de jurisdicción gira en torno a los principios de la soberanía del Estado, la igualdad y la no injerencia. La jurisdicción nacional como noción define un área en la que las acciones de los órganos de gobierno y administración son supremas, libre de principios jurídicos internacionales y la interferencia.

Estas normas se justifican comúnmente por la necesidad de evitar la interferencia con el ejercicio de sus prerrogativas soberanas por parte del Estado extranjero y permitir que sus representantes realicen sus deberes oficiales sin un perjuicio indebido. La Comisión de derecho internacional (ILC) explicó que el derecho internacional consuetudinario sobre la inmunidad estatal ha crecido "principal y esencialmente fuera de la práctica judicial de los estados en la materia, aunque en la práctica real otras ramas

⁸ *R., ex parte Pinochet v Bartle and ors, Appeal*, [1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147, (Lord Browne-Wilkinson).

<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:ildc/1736uk99.case.1/law-ildc-1736uk99>

del gobierno, a saber, el ejecutivo y el legislativo, han tenido su parte en la evolución progresiva de las reglas del derecho internacional⁹.

Esta naturaleza consuetudinaria de la inmunidad del Estado genera no pocos obstáculos ya que las cuestiones que vinculan a la inmunidad son decididas principalmente por los tribunales nacionales sobre la base del derecho internacional y nacional¹⁰.

Identificar las reglas de derecho internacional que gobiernan la inmunidad del estado se presenta como una tarea difícil por varias razones. En primer lugar, como señaló la Comisión de derecho inter-nacional, "la fuente de derecho internacional sobre el tema de las inmu-nidades de los Estados parece estar más dispersa de lo que normalmente se esperaba en la búsqueda de normas de derecho internacional sobre cualquier otro tema"¹¹. Además, la práctica de los estados sobre la materia no es uniforme. Ahora bien en la actualidad es generalmente aceptado que la inmunidad de los estados ya no es absoluta: a un estado extranjero se le otorgará inmunidad solamente para los reclamos que surjan de actos soberanos (*acta jure imperii*), en oposición a los reclamos que surjan de sus transacciones comerciales o actividades de "derecho privado" (*acta jure gestionis*). Sin embargo, el alcance exacto de esta doctrina llamada "restrictiva" de la inmunidad estatal sigue sin estar claro. Si con el tiempo la mayoría de los países han ampliado el alcance de la jurisdicción de sus tribunales sobre las actividades de los estados extranjeros, el consenso internacional sobre el tema se encuentra en un nivel bastante alto de abstracción, lo cual lleva a que las normas del derecho internacional sobre la inmunidad estatal no alcancen el nivel de precisión requerido¹². La opacidad de la práctica estatal también se debe a la sensibilidad de las

⁹ Special Rapporteur, *Preliminary Report on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, 23, U.N. Doc. A/CN.4/323, "Yearbook of the International Law Commission", N° 2, 1979, p. 231.

¹⁰ TALMON, Stefan, *Immunität von Staatsbediensteten*, en „Internationales, nationales und privates Recht: Hybridisierung der Rechtsordnungen - Immunität, Berichte DGIR“, Bd. 46, Heidelberg, 2014, p. 373.

¹¹ DELLAPENNA, Joseph W., *Foreign State Immunity in Europe*, "New York International Law Review", N° 5, 1992, p. 61.

¹² *Ibidem*.

cuestiones en juego dado que las decisiones legales con respecto a la inmunidad del Estado ceden a consideraciones de relaciones y política exterior, a fin de mantener relaciones amistosas entre los estados¹³.

Aunque la doctrina de la inmunidad del Estado extranjero es un instituto del derecho internacional, produce efectos en ámbito interno de los estados ya que impacta en el acceso a los tribunales nacionales.

La doctrina limita la posibilidad que se inicien acciones en los tribunales nacionales, incluso si el foro tiene razones de peso para permitir que se inicie una demanda, e incluso si el demandante no tuviera otro recurso¹⁴. Por ejemplo, la Corte de Casación de Italia aceptó las demandas de nacionales italianos contra Alemania por crímenes de guerra cometidos contra ellos durante la Segunda Guerra Mundial¹⁵. El Tribunal italiano entendió que la inmunidad de un estado extranjero no se aplica cuando "el acto denunciado constituye un crimen internacional"¹⁶. Alemania accionó contra Italia ante la Corte Internacional de

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ KREICKER, Helmut, *Die Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs zur Staatenimmunität - Auswirkungen auf das (Völker-)Strafrecht?, Anmerkungen zum Urteil des IGH vom 3.2.2012 aus strafrechtlicher Sicht*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik“, pp. 107 -123.

¹⁵ En 1998, Luigi Ferrini, un ciudadano italiano que durante la 2da Guerra Mundial había sido internado, deportado a Alemania y luego obligado a trabajar en una fábrica de municiones, inició un procedimiento contra el estado alemán para obtener una indemnización. En marzo de 2004, la Corte de Casación italiana sostuvo que los tribunales italianos tenían jurisdicción para entender en demandas contra el estado alemán porque la regla de la inmunidad de jurisdicción del estado no se aplica a los casos de crímenes internacionales que constituyen violaciones de las normas de *jus cogens* que tuvieran lugar en territorio italiano. La Corte de Casación se confirmó su parecer posteriormente en el caso Mantelli y otros. *Ferrini contro Repubblica Federale di Germania*, , Cass. Sez. Un. Civ., 11/04/2004, N° 5044/2004 (“Rivista di diritto internazionale”, Vol. 87, 2004, p. 539). *Mantelli Giovanni e altri contro Repubblica Federale di Germania e altri* (Cass. Sez. Un. Civ., 29/05/2008, N° 14201, “Rivista di diritto internazionale”, Vol. 92, 2009, p. 618).

¹⁶ CIJ, *Jurisdictional immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. 03/02/2012, “I.C.J. Reports 2012”, paras. 27 a 29.

Justicia (CIJ), argumentando que la doctrina de inmunidad del estado extranjero prohibía a Italia permitir que la demanda prosiguiera¹⁷. En su sentencia 2012, la CIJ falló a favor de Alemania, al constatar que Italia había violado el derecho internacional al permitir el acceso a sus tribunales de las demandas contra Alemania y ordenó a Italia que garantizara el cese de las decisiones de sus tribunales que infringían la inmunidad de Alemania para tener efecto¹⁸.

En su Curso derecho internacional en la Academia de derecho internacional, el doctrinario Jean-Flavin Lalive caracterizó al tema de la inmunidad del Estado extranjero como controvertido y a la vez desafiante. Es controvertido porque ha sido fuente de considerable confusión e incomprensión por parte de las jurisdicciones nacionales. Ello es así particularmente para los tribunales que se encuentran en contacto con el derecho internacional y que tienen que examinar sus bases y principios. Se trata de una cuestión que ha ocupado a los tribunales nacionales de manera significativa. El resultado es una abundante cantidad de resoluciones judiciales que constituyen una jurisprudencia variada y a menudo contradictoria, incluso dentro de las fronteras de un mismo país.

Por otro lado, para el científico del derecho, la inmunidad del estado extranjero es un tema de estudio desafiante porque “descubre” una situación en plena fermentación que desarrolla diversas tendencias hacia un reajuste del derecho y su práctica a las realidades sociológicas. La cuestión, además, se ubica en una encrucijada, donde se cruzan distintas materias¹⁹.

Aunque estas inmunidades están en principio ancladas en el derecho internacional, sus implicaciones legales precisas a menudo no surgen claramente. La razón deriva de la variedad de la jurisprudencia nacional, la diversidad de la práctica de otras ramas nacionales del gobierno, la interacción constante entre el derecho internacional y el derecho interno que se necesita para aplicar la ley de inmunidad, y la falta de una normativa

¹⁷ CIJ, *Jurisdictional immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. 03/02/2012. 03/02/2012, “I.C.J. Reports 2012”, paras. 27-29.

¹⁸ CIJ, *Jurisdictional immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. 03/02/2012, “I.C.J. Reports 2012”, par. 107.

¹⁹ LALIVE, Jean-Flavien, *L’immunité de juridiction des Etats et des organisations internationales*, « R. des Cours », 1953, III, T. 84, p. 281.

integral sobre la materia. En general, la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales y el trabajo de la CDI interactúan continuamente, y hacen que este campo del derecho inter-nacional sea dinámico, complejo y en parte inconsistente²⁰.

La existencia y el alcance de las inmunidades, en particular la inmunidad del estado, son un reflejo de la estructura del orden jurídico internacional en su conjunto²¹.

La inmunidad del estado extranjero es un tema compartido entre el derecho internacional público y el derecho internacional privado. Tanto iuspublicistas como iusprivatistas son los responsables de desarrollos teóricos significativos en el área de las disputas jurisdiccionales. Algunas cuestiones de calificación relativas a la distinción de los actos jurídicos que realiza un estado pertenecen al ámbito del derecho internacional privado²². En el examen de problemas concretos, ciertas nociones de derecho público interno, derecho administrativo y procedimiento adquieren relevancia²³.

Y finalmente la técnica del derecho comparado es de indispensable referencia. En efecto el método iuscomparativista permite a los jueces familiarizarse con las soluciones adoptadas en otros países. Los problemas sometidos a consideración de las distintas jurisdicciones nacionales son en gran medida análogos y, a través de la diversidad de sistemas, es posible llegar, incluso mediante criterios empíricos, a una cierta uniformidad de soluciones, lo cual ha actuado como generador de la costumbre internacional.

Las normas sobre inmunidad estatal tienen una gran diversidad de fuentes esencialmente la práctica jurisprudencial y la costumbre, lo cual

²⁰ PINGEL-LENUZZA, Isabelle, *Les immunités des Etats en droit international*, Bruselas, ed Bruylant, 1997, p. 377.

²¹ FOX, Hazel, WEBB, Philippa, *The law of state immunity*, Oxford, Oxford University Press, 3ra. ed. 2013, p. 7.

²² MARS, Antoine, *La prévalence des intérêts : Contribution à l'étude du droit international privé dans un contexte néolibéral*, Université de Bordeaux, 2017, p. 234.

²³ DETHLOFF, Nina, *Zusammenspiel der Rechtsquellen aus privatrechtlicher Sicht*, en „Internationales, nationales und privates Recht: Hybridisierung der Rechtsordnungen - Immunität, Berichte DGIR“, Bd. 46, Heidelberg, 2014, p. 81.

deviene del cruce del derecho internacional y del nacional²⁴. Esta interacción, claramente complica la aplicación de aquellas dando lugar a tensiones considerables²⁵. A causa de esta mezcla, la identificación de un cuerpo legal verdaderamente internacional de reglas sobre inmunidades requiere un enfoque comparativo²⁶, analizando la práctica nacional. Por ello resulta oportuna tanto la comparación de las diversas soluciones internas así como el estudio de la legislación nacional y el derecho internacional²⁷.

Una característica destacable de las normas sobre las inmunidades es que son el resultado de la práctica desarrollada por los tribunales, no por los gobiernos (el poder ejecutivo) de los estados²⁸. Y además, tradicionalmente, las decisiones sobre la materia han sido emitidas por tribunales nacionales, no por tribunales internacionales. La sentencia del tribunal mixto greco-alemán en el caso *Greek Government v. Vulkan Werke* es la excepción que confirma la regla²⁹. Sólo en años recientes se desarrolló una jurisprudencia internacional en la materia a partir de fallos de la Corte europea de Derechos Humanos³⁰, y la sentencia de la CIJ de

²⁴ HEYVAERT, Brieuc, *Immunités versus droit au juge: l'État entre le marteau et l'enclume*, p. 19.

²⁵ FOX, Hazel, WEBB, Philippa, *ob. cit.*, p. 5.

²⁶ LALIVE, *op. cit.*, p. 210.

²⁷ MOMIROV, Aleksandar, FOURIE, Andria Naude, *Vertical Comparative Law Methods: Tools for Conceptualising the International Rule of Law*, "Erasmus Law Review", N°2, 2009, pp. 291-309.

²⁸ KRIEGER, Heike, *Immunität: Entwicklung und Aktualität als Rechtsinstitut*, en „Internationales, nationales und privates Recht: Hybridisierung der Rechtsordnungen - Immunität, Berichte DGIR“, Bd. 46, Heidelberg 2014, p. 233.

²⁹ Cfr. *Greek Government v. Vulkan Werke*, *interlocutory decision of 12 Aug 1925*, League of Nations Official Journal Oct. 1927, pp. 1342-1347. Citado por LALIVE, *ob. cit.*, p. 209.

³⁰ ECHR, *Al-Adsani v. United Kingdom (Grand Chamber)*, Application N° 35763/97, sentencia del 21/11/ 2001, "ECHR Reports 2001-xi", p. 101. *Kalogeropoulos and Others v. Greece and Germany*, Application N° 59021/00, decisión del 12/12/2002, "ECHR Reports 2002-x", p. 417. Ver CIJ, *Jurisdictional immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, 03/02/2012, para. 90. ECHR, *Case of Jones and others v. UK*, Appl. N° 34356/06 and 40528/06, sentencia del 14/01/2014, para. 197. En este pronunciamiento la Corte europea de derechos humanos consideró que la sentencia de la Corte Internacional de Justicia

2012, la cual ha venido a acotar los intentos de los tribunales nacionales de limitar el alcance de la inmunidad del estado³¹.

Siguiendo con el rol que le cabe al juez nacional en el desarrollo del tema, un aspecto destacable es que es llamado a interpretar principios de derecho internacional, partiendo de datos conocidos, aplicando nociones que le resulten familiares, las de su derecho interno, para transponerlas a nivel internacional, rotulándolas, con la etiqueta de "derecho internacional"³².

En lo dicho, encontramos una razón esencial para el desarrollo legal selectivo y lento del sistema normativo, los mecanismos descentralizados de formación jurídica del derecho internacional³³.

Los tribunales nacionales tienen una esencial función en la identificación y hasta posible desarrollo en el campo de las inmunidades lo cual puede ser descripto como único en el derecho internacional. La razón es, por supuesto, que las inmunidades, por definición, entran en juego cuando un asunto se presenta ante una jurisdicción nacional. Desde la perspectiva de las fuentes jurídicas internacionales, las decisiones de los tribunales nacionales pueden ser relevantes para la formación del derecho internacional de tres maneras diferentes³⁴. En primer lugar, tales decisiones judiciales pueden ser constitutivas del derecho consuetudinario internacional, como instancias de la práctica estatal o como pronunciamientos de una *opinio iuris*³⁵. En segundo lugar, las decisiones de

en Alemania contra Italia “debe ser considerada por esta Corte con autoridad en lo que respecta al contenido del derecho internacional consuetudinario”. Cfr. BALDEGGER, Mirjam, *Das Spannungsverhältnis zwischen Staatenimmunität, diplomatischer Immunität und Menschenrechten*, en „Beiträge zum Völkerrecht“, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, p. 214.

³¹ CIJ, *Jurisdictional immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. 03/02/2012, “I.C.J. Reports 2012”, par. 85.

³² *Republic of Austria v. Altmann*, 541 U.S. 677 (2004).

³³ KRIEGER, Heike, *ob. cit.*, p. 256.

³⁴ ROBERTS, Anthea, *Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law*, “International and Comparative Law Quarterly”, N° 60, 2011, pp. 62-63.

³⁵ TALMON, Stefan, *Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion*, “The European Journal of International Law”, Vol. 26, N° 2, 2015, p. 430.

los tribunales nacionales pueden constituir una "práctica posterior" para la interpretación del derecho de los tratados³⁶, y concomitantemente para la "interpretación" de normas internacionales consuetudinarias. En tercer lugar, las "decisiones judiciales" de los tribunales nacionales son un "medio subsidiario para la determinación de las normas jurídicas" en el sentido del art. 38 (1) (d) Estatuto de la CIJ. De esta manera, las sentencias del juez nacional desempeñan no sólo un papel suplementario, sino incluso un papel primordial en el ámbito de las inmunidades³⁷. El análisis de la jurisprudencia arroja luz sobre las dificultades que presenta el instituto de las inmunidades del estado desde el punto de vista de la técnica jurídica.

El modo disperso de formación de las normas sobre inmunidad de jurisdicción ha contribuido a la complejidad, incoherencia e inseguridad jurídica del problema. Una razón es que los diferentes tribunales nacionales están sujetos a leyes procesales nacionales divergentes que influyen en su enfoque de las inmunidades. Además, las jurisdicciones de diferentes estados no están sujetas a las decisiones de otro estado. De manera que si bien el juez nacional en su resolución se refiere a asuntos de otros órdenes judiciales, la creación de un *corpus* coherente de derecho internacional se ha visto obstaculizada por la idiosincrasia nacional de cada caso³⁸. En consecuencia, la normativa sobre la inmunidad de jurisdicción solo puede comprenderse completamente a través del análisis de la práctica estatal³⁹.

Tampoco se puede soslayar que el tema está lejos de ser impermeable a consideraciones de oportunidad de política exterior. Muchos jueces han concedido la excepción de incompetencia en el entendimiento de no generar situaciones de conflicto al gobierno del estado del foro. Esta preocupación, en algunos estados, juega un papel desproporcionado que conduce a una abdicación del poder judicial en favor del ejecutivo, cuyas "directivas" conlleva a soluciones automáticas que resultan incompatibles con la independencia de la función judicial.

³⁶ Cfr. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, art. 31 (3) (b).

³⁷ YANG, Xiaodong, *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, 2012, p. 26.

³⁸ PETERS, Anne, *Immune against Constitutionalisation?*, en Anne PETERS, Evelyne LAGRANGE, Stefan OETER, Christian TOMUSCHAT, "Immunities in the Age of Global Constitutionalism", Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 8.

³⁹ Ibidem.

En resumen, la inmunidad del estado extranjero se caracteriza por su naturaleza fluida y la técnica legal por sí sola no será suficiente para proporcionar todas las soluciones necesarias. Los juristas que han intentado limitarse al análisis legal sólo han encontrado obstáculos insuperables.

La inmunidad soberana está estrechamente relacionada con otras dos doctrinas jurídicas, la de la no justiciabilidad y la del acto de estado⁴⁰, entre los cuales existe una interacción. Vale la pena señalar aquí que los conceptos mencionados postulan un área de la actividad internacional de los estados que excede la competencia del tribunal nacional en su ejercicio de la jurisdicción.

Por otra parte, el principio de la inmunidad jurisdiccional afirma que en determinadas situaciones se evita que un tribunal ejerza las competencias que posee. La inmunidad de jurisdicción no significa exención del sistema legal del Estado territorial de que se trate. En consecuencia, la inmunidad soberana del Estado extranjero es una cuestión procesal y debe ser considerada como una cuestión previa⁴¹, lógicamente anterior a la emisión de acciones de Estado⁴².

La inmunidad de jurisdicción, así como la de ejecución, se contempla en distintos derechos nacionales, sin perjuicio de las excepciones de amplio alcance, constituye una excepción a la regla general de competencia territorial. La enumeración de situaciones que no gozan de la inmunidad del Estado extranjero es tan importante, que la verdadera situación de una excepción que lleva a la disminución de la jurisdicción del foro debe ser apreciada minuciosamente.

En muchos casos, sólo ha sido a través de la práctica, en que se ha evidenciado el alcance de la sumisión a la jurisdicción de un estado a esta excepción general que es la inmunidad de jurisdicción.

El jurista LALIVE sostenía, en su curso de derecho internacional en la Academia de derecho internacional de La Haya la existencia de un empuje unánime de la doctrina en el sentido de una restricción

⁴⁰ Véase *Allied Bank International v. Banco Credito Agrícola de Cartago*, 757 F.2d 516 (2d Cir. 1985).

⁴¹ CIJ, *Advisory Opinion in the Difference Relating to Immunity from Legal Process*, "ICJ Reports", 1999, pp. 62-88.

⁴² *Siderman v. Republic of Argentina*, 965 F. 2d 699 (1992); 103 LLR, p. 454.

de inmunidades del estado. En el momento en que el estado se identificó con la persona del soberano, era comprensible que los autores y la jurisprudencia hubieran marcado ciertas vacilaciones. Pero hoy la situación es muy diferente; el antropomorfismo estatal ha sido reemplazado por nuevas nociones, más en armonía con la realidad y con la solidaridad internacional⁴³.

El poder político ha sido transferido de la persona soberana de los gobernantes al estado, entidad abstracta, conjunto de servicios públicos. Este fenómeno de institucionalización del poder, combinado con los hechos que hemos examinado anteriormente, ha privado a toda razón de ser la teoría de la inmunidad absoluta⁴⁴.

La inmunidad de jurisdicción de los Estados adquiere en estos días trascendental importancia debido a la participación del Estado en relaciones internacionales privadas de naturaleza comercial e industrial y al aumento de las necesidades estatales en materia financiera y tecnológica que lo lleva a recurrir a la contratación con entidades financieras extranjeras.

Este crecimiento sin precedentes en las actividades desarrolladas por el Estado, especialmente en lo referente a los asuntos comerciales, ha dado lugar a problemas de calificación y en la mayoría de los países se ha modificado la regla anterior. La pluralidad de agencias gubernamentales y empresas públicas, así como de industrias nacionalizadas y otros órganos del Estado dio lugar a una reacción en contra del concepto de inmunidad absoluta, en parte porque permitiría a las empresas estatales gozar de una ventaja sobre las empresas privadas⁴⁵. Consecuencia de ello numerosos estados adhirieron a la doctrina de la inmunidad de jurisdicción parcial o restrictiva, en virtud del cual la inmunidad se reconocía a la actividad gubernamental, pero no donde el Estado estaba participando en la actividad comercial. Se concede la inmunidad a aquellos que se denominan actos *jure imperii*, mientras que los relativos a la actividad privada o comercial se denominan actos *jure gestionis*. La inmunidad de

⁴³ LALIVE, Jean-Flavien, ob. cit., p. 222.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ KRIEGER, Heike, *Immunität: Entwicklung und Aktualität als Rechtsinstitut*, en „Internationales, nationales und privates Recht: Hybridisierung der Rechtsordnungen?, Immunität“, Heidelberg, C.F. Müller, 2014, p. 256.

jurisdicción del estado tiene carácter de excepcionalidad en las condiciones del mundo contemporáneo.

La mayoría de los estados no cuentan con cuerpos legales que regulen el tema de la inmunidad del estado en sus distintas aristas. Siguiendo el trabajo realizado por el Comité de asesores jurídicos en derecho internacional público del Consejo de Europa⁴⁶, en lo concerniente a la inmunidad del estado, se puede establecer que la diversidad es la regla que existe en la materia. Así, a la luz de la literatura disponible, los Estados pueden dividirse en cuatro categorías:

- 1) estados sin normas legisladas que regule la materia;
- 2) estados que tienen diferentes disposiciones relacionadas con las normas de derecho internacional público;
- 3) estados que cuentan con leyes que se ocupan de ciertos aspectos de la inmunidad estatal; y
- 4) estados con una legislación más o menos integral que aborda la cuestión de la inmunidad del estado en su totalidad, incluso si no se corresponde con la práctica internacional actual.

En este sentido, los sistemas jurídicos analizados en nuestra investigación, EEUU tiene una legislación integral que regula la cuestión de la inmunidad del Estado, Francia cuenta con una reciente ley referida a la inmunidad de ejecución del Estado y finalmente en Alemania rigen diferentes disposiciones relacionadas con las normas de derecho internacional público, si bien no tiene disposiciones de derecho interno sobre el tema, además es ratificante de la Convención Europa sobre inmunidad del estado extranjero.

2. LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y LA DEUDA PÚBLICA

En este nuevo contexto jurídico, se plantean las cuestiones referidas a la deuda pública del estado, toma de deuda, pago a los acreedores, situación de insolvencia y default. Los acreedores conocidos como *hold-outs* son un aspecto insoslayable de la deuda soberana que ha devenido en un tema de significativa importancia toda vez que las crisis de deuda

⁴⁶ Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) 30e réunion, *Projet pilote du Conseil de l'Europe sur la pratique des états relative aux immunités - rapport analytique*, Estrasburgo, 2005.

soberana en un sistema financiero internacional globalizado son más frecuentes y de alto impacto a nivel mundial.

Los nuevos acreedores especulativos adquieren títulos de la deuda soberana de un Estado en crisis de pago con un descuento considerable. Su propósito es demandar su cobro por vía judicial asegurándose el retorno completo. A diferencia de un préstamo otorgado por el Fondo Monetario Internacional, otros Estados o los bancos comerciales privados, los *hold-outs* no tienen representación institucionalizada a nivel internacional. No aceptan quitas a la deuda y se niegan a participar en un programa de reestructuración. Recurren a acciones judiciales con el claro propósito de llevar al Estado deudor a los tribunales. Ejemplo de ello es lo llevado adelante por los llamados fondos especulativos contra Argentina y si bien el caso de los procesos contra Argentina han sido los más conocidos, en la lista de países demandados por los fondos especulativos figuran, entre otros, Brasil, Costa de Marfil, Ecuador, Panamá, Perú, Polonia, República Democrática del Congo, Turquía y Vietnam⁴⁷.

Un problema importante derivado de la crisis de pagos argentina fue que la mayor parte de la deuda externa del país se debía a un número significativo de los inversores privados. Dos de estos inversores privados, NML Capital y Aurelio, presentaron demandas contra el gobierno de Argentina ante los tribunales federales de los Estados Unidos con asiento en el Estado de Nueva York donde obtuvieron en primera instancia un fallo a favor de sus pretensiones confirmado luego en la apelación. La Corte de Apelaciones de Nueva York falló a favor de los fondos especulativos acreedores declarando que Argentina debía pagar a sus acreedores privados en su totalidad. La sentencia fue apelada por Argentina ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, quien rechazó tomar intervención en la cuestión.

Si bien el caso *NML Capital v. Argentina* ante los tribunales de Nueva York es el que alcanzó mayor notoriedad, las acciones judiciales no se limitaron a los tribunales de los EE.UU. sino que también abarcaron a otros países, donde se llevaron adelante otros procesos, algunos iniciados por los mencionados *hold-outs* y por otros acreedores privados

⁴⁷ SCHUMACHER, Julian, TREBESCH, Christoph, ENDERLEIN, Henrik, *Sovereign Defaults in Court: The Rise of Creditor Litigation 1976-2010*. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2189997

contra el Estado argentino⁴⁸. Esta nueva jurisprudencia resultante de las acciones iniciadas por los tenedores de la deuda soberana ante tribunales extranjeros a fin de lograr el cobro de sus acreencias frente a estados en default, somete a nuevas presiones a la doctrina de la inmunidad de jurisdicción del estado extranjero.

La reacción de los estados deudores en particular y de la Comunidad internacional en general dieron lugar a propuestas de nuevas normas jurídicas a través convenciones internacionales a fin de limitar la acción de los *hold-outs* y se presentaron proyectos de leyes en distintos órganos legislativos nacionales con igual propósito.

En este sentido en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas se aprobaron las siguientes resoluciones:

- el 9 de septiembre de 2014 la Resolución 68/304 (A/RES/68/304) Hacia el establecimiento de un marco jurídico multilateral para los procesos de reestructuración de la deuda soberana⁴⁹.
- el 29 de diciembre de 2014 la Resolución 69/247 (A/RES/69/247) Modalidades para aplicar la resolución 68/304, titulada “Hacia el establecimiento de un marco jurídico multilateral para los procesos de reestructuración de la deuda soberana”.⁵⁰
- el 10 de septiembre de 2015 Resolución N° 69/319. Principios Básicos de los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana⁵¹.

⁴⁸ Con posterior a la crisis económica del año 2001 y la cesación de pagos de la deuda, se iniciaron más de 800 juicios por reclamos del pago de los intereses pendientes y/o capital de la deuda en default de Argentina tanto en jurisdicciones nacionales como internacionales. A los iniciados en Estados Unidos, se agregaron procesos en Alemania, Italia, España, Japón, Suiza, Luxemburgo, Francia, Bélgica y Reino Unido. Asimismo hubo acciones contra Argentina ante el Centro Internacional para el Arreglo de Disputas de Inversión (CIADI) y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Cfr. LEBENSOHN, Florencia Delia, *Los principios básicos de los procesos de reestructuración de la deuda soberana: análisis a la luz del derecho internacional*, “Revista Latinoamericana de Derecho Internacional”, N° 4, 30/05/2016, http://www.revistaladi.com.ar/numero4-lebensohn/?output=pdf#_ftnref15.

⁴⁹ http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/68/304&Lang=S

⁵⁰ http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/69/247&Lang=S

⁵¹ http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/69/319&Lang=S

La solución perseguida por la Asamblea General de las Naciones Unidas fue el establecimiento de un marco normativo para la reestructuración de la deuda soberana. Sin embargo, este mecanismo precisa de su aceptación por un número significativo de estados cuya jurisdicción rige la mayoría de las emisiones de deuda externa⁵².

En este sentido la sentencia adoptada por el juez alemán muestra claramente una posición, en principio, contraria a esta solución en dos recursos presentados por Argentina, resueltos por la Sala XI en lo Civil de la Corte Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof-BGH*) en ocasión de las apelaciones presentada por Argentina como demandada a las sentencias dictadas por el Tribunal Regional (*Landgericht*) de Francfort am Main en 2014. Los recursos de la demandada fueron desestimados. El tribunal federal sostuvo que “Un estado no puede negarse al cumplimiento de los pagos derivados de obligaciones emitidas por este con personas privadas ni valiéndose de la declaración del estado de emergencia por insolvencia ni por haber reestructurado la deuda con el acuerdo voluntario de la mayoría de los acreedores.” La Corte Federal de Justicia de Alemania (BGH) observó que los *Principles on Promoting Responsible Sovereign Lending and Borrowing de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo* del 10/01/2012, referidos en el dictamen elaborado por presentado por Argentina en el proceso, constituyen una mera recomendación a futuro para el caso de que sea necesario reestructurar la deuda soberana, y que no es posible atribuirle ningún tipo de valor ni general ni retroactivo.

Argentina sostuvo la existencia de un derecho concursal de los estados reconocido por la comunidad internacional. Para el tribunal alemán, de conformidad con el Derecho internacional, un estado no puede negarse al cumplimiento de los pagos derivados de relaciones jurídicas privadas con personas privadas valiéndose de la declaración del estado de emergencia por insolvencia. La Corte Constitucional Federal entiende que no hay evidencias que el Derecho internacional se hubiere desarrollado un derecho concursal ni uniforme ni codificado para los estados.

⁵² LEBENSOHN, Florencia Delia, *Los principios básicos de los procesos de reestructuración de la deuda soberana: análisis a la luz del derecho internacional*, “Revista Latinoamericana de Derecho Internacional”, N° 4, 30/05/2016, http://www.revistaladi.com.ar/numero4-lebensohn/?output=pdf#_ftnref15.

La inexistencia de tal norma se confirma para el tribunal con la Resolución N° A/Res/68/304 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 9/06/2014 (*Towards the establishment of a multilateral legal framework for sovereign debt restructuring processes*), en la que se abordó la iniciativa del Grupo de los 77 y China de avanzar en el establecimiento de un procedimiento concursal para los estados ya que hasta ese momento se carecía de normas de Derecho internacional que regulase la cesación de pagos de un estado y que obligase a los acreedores a formar parte de un acuerdo. Ello también se evidenció en los procesos de reestructuración de deuda de Chipre y Grecia.

Tampoco se constató la existencia de esta norma en los procesos llevados adelante ante el Centro Internacional para la Resolución de Conflictos de Inversión (CIADI) y en los EEUU, así como tampoco en los que se sustanciaron en Alemania ante el Tribunal Regional Superior de Fráncfort del Meno, a quien le tocó resolver diversos casos vinculados con los bonos de Argentina, y en el Tribunal de alzada (OLG Frankfurt am Main, NJW 2006, 2931, 2932 y sigs.; sentencias del 9 de marzo de 2012-8 U 149/11, ref. juris n.° 45, 47 y del 4 de mayo de 2012-8 U 188/11, ref. juris n.° 29). Tampoco la Sala lo reconoció hasta el momento (véase sentencia de la Sala del 14 de mayo de 2013 -XI ZR 160/12, WM 2013, 1264 y sigs.; decisiones de la Sala del 25 de septiembre de 2007-XI ZR 343/06, juris y del 13 de noviembre de 2012 XI ZR 161/12, juris).

Finalmente afirma el juez constitucional alemán que si bien la doctrina iuspublicista propugna la incorporación de un procedimiento de reestructuración para el caso de insolvencia de los estados, niega que existan dichas normas con carácter obligatorio.

El tribunal también desecha el Principio N° 7 de la CNUCYD para expresar una opinión jurídica divergente, cuyo contenido sería el siguiente: "En circunstancias en las que un estado es manifiestamente incapaz de pagar sus deudas, todos los prestamistas tienen la obligación de actuar de buena fe y con espíritu de cooperación para alcanzar una recomposición consensual de dichas obligaciones. Los acreedores deberían procurar una resolución pronta y ordenada al problema". En su entendimiento lo allí reglado no establece una norma general sobre normas concursales que resulte vinculante para la comunidad internacional y cuyo objetivo sea que se satisfaga de la mejor forma posible la deuda de todos los acreedores respetando el principio de igualdad de trato. El objetivo de los principios de la CNUCYD tiene que ver más con la creación de nuevas normas legales y no con describir el Derecho internacional existente, lo que claramente

demuestra la Resolución N° A/Res/68/304 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 9/09/2014.

3. REFLEXIÓN FINAL

Una parte sustancial de este trabajo de investigación se centró en el análisis de casos judiciales contra el estado argentino por el cobro de la deuda pública en default que tuvieron lugar ante jurisdicciones extranjeras. Se seleccionaron casos de EE.UU, Alemania y Francia. A través de este estudio se pudo comprobar la variedad de soluciones a las cuales se arribaron en los distintos foros.

Como se ha dicho, en 2001 Argentina sufrió la peor crisis social económica en su historia moderna, llevando a la pobreza y el desempleo a niveles sin precedentes. Incapaz de pagar sus deudas y proporcionar servicios gubernamentales básicos, Argentina declaró una moratoria de pago de más de 80 mil millones de dólares de su deuda pública externa. La República Argentina reestructuró aproximadamente el 93% de esa deuda con sus acreedores, mediante la celebración de dos intercambios de bonos, uno en 2005 y otro en 2010, en el cual los acreedores de Argentina acordaron aceptar nuevos instrumentos de deuda por aproximadamente un tercio del valor nominal original de la deuda.

Un grupo de acreedores, los llamados *hold-outs*, entre los cuales se incluye NML Capital Ltd (NML), se negaron a participar en estas reestructuraciones de la deuda y presentaron demandas contra la República de Argentina.

La investigación permitió evidenciar las dificultades que plantean el cruce de las dos “variables”, la inmunidad de jurisdicción y la deuda soberana del estado extranjero insolvente.

Del análisis realizado a la jurisprudencia de los tribunales de los países seleccionados (EE.UU. cap. 5, Alemania cap. 6, Francia cap. 7) surgen interrogantes en torno al nuevo alcance de la inmunidad de jurisdicción, eventualmente a la inmunidad de ejecución y a la estrecha relación que se establece entre la cuestión de la inmunidad de jurisdicción y la existencia en el derecho internacional de una norma jurídica sobre la deuda soberana y por extensión la insolvencia del estado extranjero. Los tribunales nacionales han procurado a través de los elementos con que cuentan en sus ordenamientos jurídicos nacionales dar una respuesta a esta cuestión. Así, la calificación de los actos desarrollados por

el Estado deudor resulta fundamental para el juez interviniente en el conflicto. Con ello el magistrado podrá arribar a una respuesta a la cuestión. En este sentido en esta investigación quedó explicitada la relevancia de ello a través de las distinciones formuladas en la materia por las máximas instancias judiciales de cada jurisdicción, la Corte Suprema de los EE.UU, la Corte constitucional federal de Alemania, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la *Cour de cassation* de Francia.

Las posiciones divergentes asumidas en materia de inmunidad del estado, de la calificación de la actuación del estado como acto *iure imperii* o de *iure gestiones* por las distintas jurisdicciones intervinientes exhiben una vez más las dificultades que plantea el tema.

Más aun resultan insuficientes dado que la emergencia económica de un estado deudor da lugar a nuevos interrogantes que la doctrina jurídica deberá responder. Así:

- En el supuesto de una emergencia económica estatal ¿Quién decide sobre su existencia (por ejemplo, el CIADI, el FMI, un tribunal judicial internacional o un tribunal de arbitraje ad hoc en un entorno político neutral)?
- ¿Cuáles son las consecuencias de la emergencia económica de un estado deudor y la posterior desaparición de la situación de emergencia?
- ¿Qué quórum requiere la asamblea de acreedores para que el consentimiento brindado a la reprogramación de la deuda sea vinculante para un acreedor *hold-out*?

Respuestas claras a estos interrogantes permitirá luego poder establecer el nuevo alcance de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero insolvente. La globalización del mercado financiero y la reiteración de las crisis de deuda soberana lo precisan.

En este punto la propuesta de creación de un tribunal multilateral de inversiones pretende dar respuesta a los interrogantes planteados⁵³. En 2016 la Unión Europea y Canadá presentaron conjuntamente una propuesta sobre un tribunal multilateral de inversiones. Las sugerencias para

⁵³ HOWSE, Rob, *Designing a Multilateral Investment Court: Issues and Options*, “Yearbook of European Law”, Vol. 36, 01/01/2017, pp. 209 - 236. <https://doi.org/10.1093/yel/yex013>.

la creación de tribunales permanentes de inversión han existido durante décadas⁵⁴, pero solo recientemente es que tales sugerencias se han materializado en una propuesta para la creación de una jurisdicción internacional sobre la materia. Sin embargo, países como Argentina, Brasil, India, Japón, entre otros, rechazaron la iniciativa. El principal argumento contra su creación, se basa en que el proyecto no parece regular de manera clara el carácter subsidiario del tribunal, con lo cual su competencia se habilitaría sólo después del agotamiento de todas las opciones locales para resolver disputas entre una empresa y un gobierno.

Como se puede ver, la iniciativa es demasiado reciente y las discusiones sobre el tema tienen un largo camino para recorrer.

⁵⁴ MEGLIANI, Mauro, *Sovereign debt*, ed. Springer, 2015, p. 564.

Impreso por Editorial MNEMOSYNE
en talleres gráficos digitales propios
100 ejemplares - Enero de 2019
México 1448 - (C1097ABD)
Buenos Aires - Argentina
(54911) 6198 2516
info@mnemosyne.com.ar
www.mnemosyne.com.ar

