Capítulo III

Supremacía constitucional. Control de constitucionalidad

Por Silvia Palacio de Caeiro

Sumario: **I. Supremacía constitucional. I.1. Concepto y antecedentes. I.2. Recepción en la Constitución Nacional. I.3. El orden jerárquico de los tratados internacionales y las leyes. El fallo de la Corte Suprema en el caso "Ekmekdjian". II. Control de constitucionalidad. II.1. Principios y desarrollo del control de constitucionalidad. El caso de la Corte Suprema de USA "Marbury c/Madison" de 1803. II.2. Características y desarrollo del control de constitucionalidad. II.3. Limitaciones constitucionales: La presunción de constitucionalidad y las cuestiones privativas de gobierno. II.4. Interés jurídico. II.5. El interés jurídico y el caso concreto judicial. II.6. El interés jurídico y los casos de jurisdicción voluntaria. II.7. Técnicas para el control de constitucionalidad. II.7.1. La doctrina de los derechos adquiridos. II.7.2. El principio constitucional de legalidad. II.7.3. El principio constitucional de razonabilidad. II.8. Planteo oportuno del control de constitucionalidad en el proceso judicial. II.9. El control de constitucionalidad procede ¿a pedido de parte o de oficio? II.10. Procesos en los que se efectúa el control de constitucionalidad y efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las normas. II.11. El efecto *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad. III. Control de convencionalidad. Tratados internacionales. Bibliografía.**

I. Supremacía constitucional

I.1. Concepto y antecedentes

La supremacía constitucional es un principio destinado a custodiar que las declaraciones, derechos y garantías establecidos en la Constitución, no sean desconocidos por los órganos y actos de gobierno ni por la conducta de los particulares.

La supremacía constitucional garantiza la prelación de las normas supremas y superiores respecto al restante ordenamiento normativo inferior, custodia y asegura el sistema republicano y federal de gobierno y el respeto de los derechos fundamentales de los individuos.

La supremacía constitucional implica una limitación y regulación de los poderes de gobierno, nacionales, provinciales y locales, quienes deben conformar sus leyes, normas y resoluciones de toda clase, a los imperativos constitucionales según el orden de prelación normativo establecido.

En la etapa anterior a la Constitución de 1853, Alberdi en sus "Bases" (1), se preocupó en prever que las leyes inferiores que reglan el uso y ejercicio de las garantías constitucionales no pudieran disminuir, restringir o adulterar la esencia de la Carta Magna y su opinión fue el antecedente inmediato del art. 28, en cuyo mérito los principios, garantías y derechos constitucionales no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Señalaba Alberdi, "No basta que la Constitución contenga todas las libertades y garantías conocidas. Es necesario, como se ha dicho antes, que contenga declaraciones formales de que no se dará ley que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias. Se puede concebir una constitución que abrace en su sanción todas las libertades imaginables, pero que admitiendo la posibilidad de limitarlas por ley, sugiera ella misma el medio honesto y legal de faltar a todo lo que promete" (2).

Los principios de la supremacía constitucional se plasmaron en la Constitución de Filadelfia de 1787, de cuyo régimen se dimanan los principios de libertad, propiedad y legalidad que gravitaron con real fuerza en el proceso constituyente desarrollado en América Latina en el siglo XIX (3).

En la Constitución norteamericana se insertó una cláusula (art. VI, inc. 2º), destinada a establecer la supremacía por sobre todas las leyes inferiores que se encuentran en relación de subordinación con aquélla (4).

(1) ALBERDI, JUAN BAUTISTA, "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", Plus Ultra, 9ª ed., 1997. Véase también el art. 20 el Proyecto de ALBERDI.

(2) ALBERDI, JUAN BAUTISTA, "Bases...", ob. cit., Cap. XXXIII.

(3) Pues si bien en el derecho inglés, se hallaba instituida la Carta Magna *Magna Charta*, la "Declaración de Derechos *Bill of Rights*" y la "Petición de Derechos *Petition of Rights*", lo cierto que ellos estaban destinados a asegurar el ejercicio de los derechos de los invidivuos frente a los excesos de la Corona y no del Parlamento. El Parlamento británico era considerado omnipotente y sus actos generalmente no cuestionados, lo que impedía la revisión judicial de las normas sancionadas. Sin embargo, debe hacerse notar la moderación que impuso el magistrado inglés, Lord Eduardo Coke, quien reconoció las facultades de los jueces para controlar la validez de los actos parlamentarios y sus atribuciones para anularlos, cuando contrariaran reglas del *common law*, la equidad o la razón. Véase, GHIGLIANI, ALEJANDRO E., "Del control jurisdiccional de constitucionalidad", Depalma, Bs. As., 1952, p. 9 y ss. BIDART CAMPOS, GERMÁN, "Derecho constitucional", Ediar, Bs. As., 1963.

La obra de la Convención de Filadelfia, plasmada en la señalada Constitución, tuvo como objetivo establecer límites a los órganos legislativos y ejecutivo según el principio de división de poderes, asegurar la existencia de los derechos individuales cuyo fundamento se encontró en el derecho natural preexistente y establecer los derechos de los estados de la Confederación (5).

El origen y evolución histórica de la prelación de las declaraciones, derechos y garantías constitucionales, que enmarca y califica los principios de la supremacía constitucional, posee hondo arraigo en el derecho angloamericano, siendo determinante la labor de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los EEUU, quien desarrolló una prolífica actividad al efecto, en donde resalta con brillo propio la doctrina sentada por el *Justice* John Marshall en el conocido precedente *"Marbury vs. Madison"*, pronunciado en 1803 (6), en el que expuso señeros criterios en torno a la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad.

El sentido actual de la supremacía constitucional se debe al constitucionalismo moderno, como bien anota Bidart Campos (7), compaginándose la noción con la jerarquía kelseniana del orden jurídico, según la cual existen planos normativos de distinta graduación, relacionados entre sí con vínculos de supra y subordenación.

Dice el autor: "...la constitución es la piedra basal, en función de la cual todo el edificio jurídico tiene una concreta estructura, pero quiere añadir algo más. La constitución es suprema, y por ser suprema obliga normativamente a que las ulteriores normaciones jurídicas se ajusten a sus disposiciones, so pena de reputarlas anticonstitucionales y, por ende, afectadas de nulidad. (...) La imposición de la constitución como suprema obliga a los órganos de creación de normas derivadas a restringir su actividad dentro de los límites señalados por la constitución; de allí que

(4) GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A., "Teoría constitucional", Depalma, Bs. As., 1981, p. 85.

(5) HAMILTON, MADISON, Jay, "El Federalista", Imprenta del Siglo, Bs. As., 1868.

(6) *"Marbury vs. Madison"*, 2 (1803) 60, U.S., Law ed. Vale señalar que su antecedente se remonta a precedentes sentados por Lord Coke, que alcanzaron amplia difusión en los Estados Unidos de Norteamérica.

(7) BIDART CAMPOS, GERMÁN, "Derecho constitucional", Ediar, Bs. As., 1963, p. 208 y ss. El auto entiende que algunos antecedentes de supremacía constitucional pueden encontrarse en Grecia a través del instituto de la *graphe paranomón* y en la España medieval, Fueros de Navarra y Aragón, a los que se consideraba como Ley Suprema, debiendo todos los funcionarios prestar obediencia a sus prescripciones.

ésta debe ser escrita, para que tales competencias conozcan sin lugar a dudas las previsiones normativas que han de respetar y obedecer" (8).

I.2. Recepción en la Constitución Nacional

En el contexto constitucional argentino, la supremacía ha quedado asegurada mediante el artículo 31 (9), el cual establece: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la Ley Suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859".

Ese precepto, integra la Constitución Nacional con los tratados internacionales y las leyes federales y nacionales que el Congreso dicta y conforma lo que en doctrina se denomina, "bloque de constitucionalidad federal" (10).

Los tratados internacionales, según lo establecido por el art. 27 de la Constitución Nacional, responden a la obligación del Gobierno federal de afianzar relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras, conforme a los principios de derecho público establecido por aquélla.

Los tratados internacionales, luego de la reforma constitucional de 1994, han quedado incorporados a través del artículo 75, norma que prescribe que le corresponde al Congreso de la Nación: Inc. 22: "Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre Derechos Humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional". Inc. 24: "Aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara" (11).

La cúspide de la pirámide normativa se construye pues con la Constitución Nacional y los tratados internacionales según la jerarquía asegurada por el art. 75, incs. 22 y 24, instrumentos que reglan en forma conjunta el funcionamiento de las instituciones republicanas y la prelación de los derechos individuales. Esto ha llevado a una renovada comprensión del principio de la supremacía constitucional preceptuado por el art. 31 de la Ley Fundamental (12).

Recíprocamente, la Constitución Nacional y los convenios internacionales constituyen la base o sostén jurídico del ordenamiento normativo que debe adecuarse y ajustarse a su preceptiva (13), en los términos del indicado postulado de supremacía constitucional.

(8) Ídem, ps. 208/209.

(9) El art. VI, inc. 2º de la Constitución de EE.UU. es el antecedente inmediato del art. 31 de la Constitución Nacional.

(10) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., "La Interpretación del Sistema de Derechos Humanos", Ediar, Buenos Aires, 1994.

(11) Un tratamiento más exhaustivo del régimen de los tratados internacionales se aborda más adelante.

(12) Cabe recordar, que la integración de los tratados internacionales reconocidos por el país, con el texto de la Carta Magna, a los fines de la supremacía constitucional que emana del art. 31, ha sido una postura de viejo cuño en la jurisprudencia de la CSJN, conforme el criterio sentado en "Merk Química Argentina S.A. c/Nación", Fallos: 211:162.

(13) BOTTONI, MARÍA ALEJANDRA y NAVARRO, MARCELO JULIO, "El control de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", LA LEY, 2000-F, 1371.

El trípode de la supremacía se completa con las leyes nacionales y federales que dicta el Congreso de la Nación, en función de las atribuciones y facultades que le confieren los numerosos incisos del art. 75 de la Carta Magna.

Esto indica que la demás normativa inferior de orden nacional, reglamentaria de las leyes federales y nacionales en los términos del art. 28 de la Constitución Nacional —decretos, decretos de necesidad y urgencia, resoluciones, disposiciones, etc.—, como asimismo, las contenidas en los ordenamientos locales de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —constituciones, leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones, etc.— se encuentran obligadas a subordinarse y respetar la supremacía constitucional.

Gelli previene que "si las normas inferiores contradicen lo establecido en la Constitución y ello es aceptado, se vulnera la división entre poder constituyente reformador y poderes constituidos y, desde luego, si así ocurre se destruye la supremacía constitucional" (14).

I.3. El orden jerárquico de los tratados internacionales y las leyes. El fallo de la Corte Suprema en el caso "Ekmekdjian"

Las cláusulas insertas en los tratados internacionales integran el derecho federal de la República Argentina y constituyen Ley Suprema de la Nación, según la primacía establecida por los arts. 27, 31, 75, inc. 22, 24 de la Constitución Nacional (15).

Así, la Constitución Nacional preceptúa en el art. 27, que los tratados deben conformarse "con los principios de derecho público establecidos por esta Constitución" (16); en el art. 31 los ubica como "Ley Suprema de la Nación"; en el inc. 22 del art. 75 les otorga juntamente con los concordatos "jerarquía superior a las leyes" e incorpora al texto fundamental, diez tratados internacionales de Derechos Humanos a los que les confiere "jerarquía constitucional"; en el inc. 24 del art. 75 adjudica a los convenios de integración supranacional una "jerarquía superior a las leyes";

(14) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, "Constitución de la Nación Argentina", La Ley, Bs. As., 2001, p. 256.

(15) La jerarquía de los tratados internacionales es una materia que he analizado con mayor profundidad en variadas investigaciones. Véase PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "Competencia Federal", La Ley, Bs. As., 1999, p. 162 y ss.; Recurso extraordinario federal - Doctrina, jurisprudencia, práctica, La Ley, Bs. As., 2002, p. 85 y ss., entre otras. Se citan aquí algunos párrafos contenidos en las obras referidas.

(16) Señala el art. 27 de la C.N. "El Gobierno Nacional está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecido en esta Constitución".

y finalmente el art. 116 acuerda a los tribunales de la Nación facultades para aplicar el derecho emergente de ellos.

La reforma constitucional operada en 1994 al modificar los incs. 22 y 24 del art. 75, influyó en forma decisiva en el *status* que hoy ostentan los tratados sobre Derechos Humanos y de integración, y como bien lo hacen notar Vanossi y Dalla Vía, dicha circunstancia afectó el alcance del art. 31 y "permitió superar la antigua polémica entre "monismo" y "dualismo", a favor de la primera posición (17).

La CSJN a través de varios precedentes innovadores, ha colaborado hacia la afirmación de la teoría monista en la República Argentina, aplicando el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por ley 19.865.

El reconocimiento de la primacía de los tratados internacionales sobre el derecho interno y la responsabilidad internacional que generan los tratados, fue afirmado con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 en un decisivo criterio sostenido en la causa "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros", fallada el 7 de abril de 1992 (18), en la que se invocó la citada Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados (19).

En ese pronunciamiento se señaló: "La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los derechos internacionales frente a una ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno. Esta convención ha alterado la situación que el ordenamiento jurídico argentino contempla en los precedentes, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual no existe un fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la ley".

(17) VANOSSI, JORGE R. y DALLA VÍA, ALBERTO R., "Régimen constitucional de los tratados", 2ª ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 2001, ps. 37/38.

(18) Fallos: 315:1492. Una persona física, considerando lesionados sus sentimientos religiosos, promovió acción de amparo contra el responsable de un programa televisivo en el cual se habían vertido ciertas opiniones sobre la Virgen María y Jesucristo que reputó agraviantes, con el fin de poder ejercer el derecho de réplica en los términos del art. 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Rechazada la acción en la segunda instancia, el accionante dedujo recurso extraordinario cuya denegación motivó su presentación directa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esta hizo lugar a la queja, declaró procedente el remedio federal y dejó sin efecto el pronunciamiento de grado.

(19) Vigente desde el 27/1/80. La Convención de Viena referido al derecho de los tratados —suscrita por la República Argentina y aprobada por ley 19.865—, establece en el art. 27: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del contrato".

En dicha causa, se reconoció el predominio del derecho internacional sobre el interno por aplicación del citado art. 27 de la Convención de Viena, y como base de esa primacía fue considerada la "eventual responsabilidad del Estado", por los actos de sus órganos internos frente a la violación de un tratado.

La CSJN se atribuyó jurisdicción para evitar esa responsabilidad, señalando que "el Tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto (responsabilidad internacional), hacen cuestión federal trascendente".

De tal modo, se consideró que la norma interna o doméstica (legal, administrativa o judicial), contraria al derecho internacional (así como un acto antijurídico que cause perjuicio a otro Estado), crea en diversa medida, una "responsabilidad internacional" del país.

Esta posición fue reiterada en algunos de los pronunciamientos más renombrados en esta materia, pudiéndose citar "Fibraca" (20), "Hagelin" (21), "Cafés La Virginia" (22), "Méndez Valles c/Pescio" (23), "Calvo Gainza" (24), "Riopar" (25), "Giroldi" (26), entre otros.

La doctrina actual de la CSJN respecto a los tratados internacionales encuentra su anclaje jurídico en dos fundamentos principales: la responsabilidad internacional que generan los acuerdos internacionales para la República Argentina y, la naturaleza federal de los tratados que se extiende a todo su contenido sin distinciones.

La responsabilidad internacional de los países contratantes, es una derivación jurídica reconocida y admitida por la comunidad mundial, conforme las obras doctrinarias extranjeras citadas por la Corte Suprema en dichos precedentes, y en función del bloque de constitucionalidad federal argentino ello materializa amplias ramificaciones jurídicas (27).

Al expresar el inciso 22 citado, que los convenios internacionales en materia de Derechos Humanos tienen "jerarquía constitucional", significa que en el ordenamiento argentino se admite la presencia del —*ius cogens*—,

(20) Fallos: 316:1669 (1993).
(21) Fallos: 316:3176 (1993).
(22) Fallos: 317:1282 (1995).
(23) ED, 167-19.
(24) LA LEY, 1997-B, 305.
(25) ED, 171-541.
(26) Fallos: 318:514 (1995).
(27) Véase MANILI, PABLO LUIS, "El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino", La Ley, Bs. As., 2003.

reconocido como un derecho internacional imperativo "cuya fuerza obligatoria respecto de las naciones sería semejante a la que tienen las normas constitucionales sobre los hombres, es decir, que tendría una primacía obligatoria imposible de ser violada o desconocida por los Estados" (28).

La aclaración acerca de que los convenios de Derechos Humanos allí citados, "...no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías para ellos reconocidos...", implica que se mantiene la exigencia del art. 27 de la C.N. en cuanto a la requerida conformidad de los convenios internacionales con los principios de derecho público.

Hacen notar Vanossi y Dalla Vía, que al establecerse en el primer párrafo del inc. 22, que los demás tratados internacionales y los concordatos poseen "jerarquía superior a las leyes", es indudable que el orden de prelación emergente del art. 31 ha recibido una importante aclaración complementaria (29), la que resulta imprescindible a la hora de juzgar y aplicar las cláusulas supranacionales.

La variación del criterio del Alto Tribunal, sostenido primero en "Ekmekdjián, Miguel Ángel contra Sofovich, Gerardo y otros" y luego incorporada al texto constitucional, se asemeja a la postura sostenida inveteradamente por la Corte estadounidense desde el siglo pasado, que en lo que hace a la definición de cuestión federal por interpretación del derecho federal, constituye el antecedente inmediato del recurso extraordinario argentino.

Asimismo, se acerca a las modernas concepciones de los Estados sobre el derecho internacional, que interpretan a los convenios internacionales como derecho federal, sin efectuar distingo alguno entre sus cláusulas.

II. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (30)

II.1. Principios y desarrollo del control de constitucionalidad. El caso de la Corte Suprema de USA "Marbury c/Madison" de 1803

El control judicial de constitucionalidad en el sistema argentino es un problema de hermenéutica jurídica, similar al estadounidense, efec-

(28) VANOSSI y DALLA VÍA, "Régimen constitucional...", ob. cit., p. 30.
(29) *Ibídem*, p. 295.
(30) Este punto es trascripción parcial de la Tesis Doctoral de la autora titulada "Función y proyección de la jurisprudencia de la CSJN", inédita y en proceso de publicación.

5. El Derecho Constitucional como Derecho estatal en el marco de la globalización[29]

A. *Los significados de la globalización*

En el lenguaje de las ciencias sociales, el término *globalización* puede ser entendido –cuando menos– en los siguientes sentidos:

a) Desde una perspectiva gnoseológica, como un conocimiento progresivo, cada vez más dilatado y detallado, de las distintas regiones y países del mundo y de sus costumbres (desde esta perspectiva suelen utilizarse las expresiones *aldea global* o *ciudadano del mundo*);

b) desde una perspectiva funcional, como un flujo creciente de relaciones entre distintos actores internacionales que requieren de herramientas comunes para vincularse (esto es especialmente verificable en materia económica);

c) desde un punto de vista ideológico, como una tendencia creciente hacia la conformación de un paradigma unificador (aunque no necesariamente único), integrado por creencias, instituciones y prácticas en torno a las cuales se definen liderazgos, se plantean aceptaciones y rechazos y se alinean países y regiones (desde esta perspectiva suelen utilizarse expresiones tales como *choque de civilizaciones* o plantearse dilemas tales como *internacionalismo versus nacionalismo*).

El empleo del término *globalización* ha cobrado notoriedad a partir de finales del siglo XX, aunque la idea de una expansión geográfica ilimitada, "descubrimientos de nuevos mundos", e insospechadas vinculaciones entre civilizaciones geográfica y culturalmente distanciadas no es nueva en el pensamiento occidental. Algo similar ocurrió a partir de finales del siglo XV, con el progreso de la navegación, la circunvalación del África y la llegada de los europeos a América.

Lo que distingue a la *globalización* de finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI con relación a aquella *otra globalización* iniciada

[29] Hemos explicado nuestro punto de vista en: ROSATTI, Horacio; BIELSA, Rafael y LAVAGNA, Roberto, *Estado y globalización. El caso argentino*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.

a principios del siglo XVI no es tanto una perspectiva *cuantitativa*, medida en términos de territorios "descubiertos", "conquistados" o "incorporados" (aunque es obvio que el planeta es más conocido y está más ocupado ahora que antes), sino su perspectiva *cualitativa*, medida en términos de penetración hacia el inconsciente individual y colectivo.

Utilizando una expresión conocida, podría decirse que hoy no sólo es posible conocer a *todos los hombres* (dimensión cuantitativa), sino que es posible conocer *a todo el hombre* (dimensión cualitativa), ingresar en su psiquis, escrutar y prever sus reacciones e inducir sus comportamientos.

En este nuevo enclave, la llave de ingreso a la *globalización* son los medios masivos de comunicación y el factor que asegura la permanencia de ese ingreso es el comercio del conocimiento.

B. *Los desafíos*

La globalización propone varios desafíos:

a) Un desafío mental que se traduce en una actitud de *apertura receptiva* para conocer lo que no se conoce;

b) un desafío político que se expresa en una *vocación tolerante* hacia lo que no se comparte;

c) un desafío cultural, signado por la búsqueda de claves comunes que permitan *interactuar* (lo que incluye también al idioma);

d) un desafío económico, para hacer posible la comparación entre bienes "nuevos" y "viejos", "conocidos" y "recién conocidos", y

e) un desafío jurídico que se expresa en la necesidad de dirimir las disputas de este mundo *ampliado y variado* mediante reglas conocidas y aceptadas de antemano por todos los actores involucrados, acostumbrados a sujetarse a la vigencia de ordenamientos jurídicos (normas, tribunales, costumbres) nacionales.

C. *Los Derechos estatales y la globalización*

En el mundo globalizado, la vinculación entre los Estados puede darse según *formas puras*, así llamadas pues en ellas dominan la libre determinación y la igualdad de los Estados, y según *formas impuras*,

así llamadas pues en ellas dominan las relaciones fácticas de poder que consagran (o convalidan) asimetrías.

a) *Formas puras*

Son *formas puras*, en el sentido descripto:

1º) La *interestatidad*, entendida como la vinculación entre dos o más Estados que se tratan como iguales y no crean una escala de decisión que los suplante en algún sentido.

La interestatidad surge como una consecuencia lógica de la existencia de una multiplicidad de Estados que, sin mengua de su soberanía, asumen la necesidad de vincularse con los demás, a efectos de acordar cuestiones tan heterogéneas como la determinación de sus respectivos límites geográficos, la definición de acciones conjuntas en temas compartidos (vgr., contaminación de un río, explotación de un recurso natural) o simplemente para complementar sus actividades o resolver las necesidades de sus poblaciones en materia económica, científica, tecnológica, cultural o de otra índole.

La juridización de la *interestatidad* genera el *Derecho interestatal*, subsistema del Derecho Internacional tradicionalmente reconocido como Derecho de *coexistencia* o de *cooperación* entre Estados iguales, que no pretende diluir la estatidad sino reafirmarla.

2º) La *supraestatidad*, entendida como la vinculación entre dos o más Estados que, tratándose como iguales, crean (o adhieren a) una escala decisional que los suplanta en algún sentido y que se encuentra en relación jerárquica de supraordenación con respecto a ellos.

La juridización de la *supraestatidad* genera el *Derecho supraestatal*, subsistema del Derecho Internacional tradicionalmente enfocado a temas humanitarios y al progreso de la comunidad internacional, que no pretende diluir a los Estados sino complementar su accionar mediante un sistema que, en algún sentido, los trasciende.

Una consecuencia del Derecho supraestatal es la creación, por parte de los Estados relacionados, de organizaciones de carácter supranacional, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

En esta forma de vinculación internacional, la eventual transferencia de competencias y/o de jurisdicción de los Estados es factible, en la

medida en que, a través de la suscripción de instrumentos multilaterales, se generen órganos supranacionales con atribuciones en tal sentido, tales como el Consejo de Seguridad o la Corte Internacional de Justicia de La Haya.

3º) La *ultraestatidad*, entendida como la transferencia, normalmente gradual, de la soberanía estatal a un sujeto jurídico internacional no estatal.

La juridización de la *supraestatidad* genera el *Derecho ultraestatal*, subsistema del Derecho Internacional conocido como *Derecho Comunitario*, derecho de integración por antonomasia, en virtud del cual los Estados resignan crecientemente su soberanía (vgr., Comunidad Europea).

La resignación de las condiciones de la estatidad suele ser gradual, comprendiendo aspectos tales como la soberanía monetaria, la defensa militar y la juridicidad estatal exclusiva, para concluir con la desaparición de la delimitación territorial y las nacionalidades estatales.

El Derecho Comunitario no es técnicamente un Derecho interestatal, por cuanto la comunidad ultraestatal es fuente productora de Derecho (en las materias propias de la integración) y las normas emergentes se aplican de modo directo a los ciudadanos de los Estados miembros.

b) *Formas impuras*

Son *formas impuras*, en el sentido descripto ut supra:

1º) La *transestatidad*, entendida como la extensión de algún aspecto decisional de un Estado sobre la capacidad decisional de otro, y

2º) La *desestatidad*, entendida como la pérdida de algún atributo tradicionalmente reconocido a un Estado a favor de otro Estado (contracara de la *transestatidad*) o de otro actor internacional en contra de la voluntad del Estado concernido (si mediara consentimiento estaríamos frente a una forma pura como lo es la *ultraestatidad*).

tado sino también la de los particulares, compatibilizando intereses, necesidades y posibilidades en orden al bien común.

La codificación de las normas sobre responsabilidad del Estado, aunque "parcial" (por abordar una temática de las tantas que contiene el Derecho Administrativo) y "plural" (por tratar un tema de competencia local), constituiría una invalorable contribución a la clarificación de las cuestiones involucradas en la materia[26].

d) *Responsabilidad estatal y responsabilidad social*

Al momento de analizar la responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación en el ámbito del Derecho Público, deberán tenerse presentes consideraciones provenientes tanto de la propia conducta estatal anterior al hecho (posibilidad efectiva –económica, técnica y funcional– de evitar el hecho u omisión que se le imputa, vocación por hacerlo, etc.) cuanto de la del reclamante. En especial, con relación a este último, su grado de compromiso concreto para contribuir al bien común (pago de tributos destinado directa e indirectamente a contemplar el hecho u omisión que genera su reclamo, planteo del problema previo a haber sufrido su percance, etc.)[27].

[26] MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, t. I, ps. 327 y ss.; ALTAMIRA, Pedro G., *Curso de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1971, ps. 86 y ss.; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1949, t. I, ps. 385 y ss.

[27] En este contexto, en *términos jusfilosóficos*, la utilización de un criterio *conmutativo* que –frente a la ocurrencia de un evento dañoso– circunscriba la relación entre "el particular X como dañado específico" vs. "el Estado dañador de X" y se desentienda de la relación entre "el particular X como incumpliente con el Estado" vs. "el propio Estado" (cuando esta última situación existe) genera una visión distorsionada de la justicia, entendida como el "dar a cada uno lo suyo". Pues "lo suyo" del damnificado-incumpliente no es sólo un crédito sino también un débito.

En *términos juspositivistas*, lo anterior podría traducirse de este modo: la *maximización* de la responsabilidad del Estado frente a los particulares (entendida como la perspectiva que *se cierra* en el interés del particular dañado, desentendiéndose de cualquier incidencia del particular dañoso con el Estado) genera un enriquecimiento injusto para el particular y un empobrecimiento injusto para el Estado.

CAPÍTULO V

ESTADO Y GLOBALIZACIÓN

SUMARIO: Introducción. 1. La inmunidad de jurisdicción del Estado en el ámbito internacional. A. Jurisdicción nacional y soberanía. B. Inmunidad y prórroga de la jurisdicción conforme al Derecho Internacional y al Derecho nacional. a) El Derecho Internacional. b) La legislación argentina. 2. Inmunidad de ejecución del Estado en el ámbito internacional.

Introducción

Hemos dicho en el tomo I, Primera Parte, Sección Única, Capítulo II de esta obra, a propósito de la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Público, que, en el mundo globalizado, la vinculación entre los Estados puede darse según *formas puras*, así llamadas pues en ellas domina la libre determinación y la igualdad de los Estados, o según *formas impuras*, así llamadas pues en ellas dominan las relaciones fácticas de poder que consagran (o convalidan) asimetrías.

Son *formas puras*, en el sentido descripto:

a) La *interestatidad*, entendida como la vinculación entre dos o más Estados que se tratan como iguales y no crean una escala de decisión que los suplante en algún sentido.

b) La *supraestatidad*, entendida como la vinculación entre dos o más Estados que, tratándose como iguales, crean (o adhieren a) una escala decisional que los suplanta en algún sentido y que se encuentra en relación jerárquica de supraordenación con respecto a ellos.

c) La *ultraestatidad*, entendida como la transferencia, normalmente gradual, de la soberanía estatal a un sujeto jurídico internacional no estatal.

Son *formas impuras*:

a) la *transestatidad*, entendida como la extensión de algún aspecto decisional de un Estado sobre la capacidad decisional de otro, y

b) la *desestatidad*, entendida como la pérdida de algún atributo tradicionalmente reconocido a un Estado a favor de otro Estado (contracara de la *transestatidad*) o de otro actor internacional en contra de la voluntad del Estado concernido (si mediara consentimiento estaríamos frente una forma pura como lo es la *ultraestatidad*)[1].

[1] Osvaldo Sunkel ha utilizado la expresión "integración trasnacional y desintegración nacional" para describir la incidencia del modelo económico internacional asimétrico en el seno de los países periféricos y el funcionamiento del capitalismo dependiente al interior de éstos, estableciendo simultáneamente un desgarramiento "interno" y una prolongación "externa".

La "trasnacionalización", entendida como penetración de un sector económico foráneo dentro del área decisional de un Estado periférico, crea un enclave "moderno" dentro del país atrasado. Este enclave cumple una doble función: por un lado, una función típicamente económica, de "sucursalización", por la cual los excedentes obtenidos en el país periférico se transfieren hacia el país central y, por otro lado, una función cultural, un cierto "espejismo" por el que se genera y comunica la sensación de posibilidad de un desarrollo futuro hacia los sectores más rezagados ("si un sector del país *puede*, el resto también *debe poder*").

Los miembros del "enclave local" asumen las pautas de consumo (y, como consecuencia de ellas, las preferencias y hasta las costumbres) propias de los sectores más prósperos del país central. Esta "imitación cultural" refuerza el proceso de "desintegración nacionalitaria" al interior del país periférico, quebrando "el arco de solidaridades" que permite construir una identidad imaginaria entre los habitantes de ese país y contribuye a impedir su desarrollo integrado y sustentable (SUNKEL, Osvaldo y PAZ, Pedro, *El subdesarrollo latinoamericano y la teoría del desarrollo*, Siglo XXI, México, 1991).

Respecto de los fenómenos de *desestatidad* y *transestatidad* es especialmente recomendable la lectura del enfoque de la teoría de la dependencia que, surgida en la década del '60 del siglo XX, abreva en los trabajos de Raúl Prebisch (*El desarrollo económico latinoamericano y algunos de sus principales problemas. Hacia una dinámica del desarrollo latinoamericano*), Osvaldo Sunkel (con Pedro Paz, *El subdesarrollo latinoamericano y la teoría del desarrollo*), André Gunder Frank (*América Latina: subdesarrollo o revolución*), Theotonio Dos Santos (*Dependencia y cambio social*), Celso Furtado (*Desarrollo y subdesarrollo*), Fernando Henrique Cardoso (*Problemas del subdesarrollo latinoamericano*) y Enzo Faletto (con F. H. Cardoso, *Dependencia y desarrollo en América Latina*).

El núcleo de esta teoría apunta a considerar a la dependencia no como un fenómeno sólo económico y propio de un país atrasado (o imputable a él) sino como un producto de la relación en la que se encuentran los países de ese tipo con los países desarrollados. Este enfoque relacional vincula inexorablemente los fenómenos del desarrollo y el subdesarrollo como anverso y reverso de la misma realidad según el modelo centro-periferia. Inicialmente la teoría de la dependencia hizo foco en la situación de América Latina (vía Comisión Económica para América Latina [CEPAL]: *Estudio económico de América Latina*), aunque luego fue utilizada para explicar el fenómeno del subdesarrollo de otras regiones del planeta.

A partir de los conceptos precitados y teniendo en cuenta el contexto globalizado en el que se despliegan actualmente las relaciones internacionales, desarrollaremos en este capítulo dos cuestiones álgidas, que ponen en tensión los parámetros clásicos de la soberanía estatal: la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución.

1. La inmunidad de jurisdicción del Estado en el ámbito internacional

A. *Jurisdicción nacional y soberanía*[2]

La noción de soberanía es consustancial a la del Estado moderno, de modo que el surgimiento de aquel término estuvo vinculado al alumbramiento de los Estados nacionales europeos, en un proceso que se gestó en la llamada Edad Media y se concretó en la llamada Edad Moderna.

Uno de los atributos del poder soberano, asumido como perpetuo y absoluto por Jean Bodin[3], el teórico de la soberanía, consiste en *resolver en última instancia las apelaciones judiciales*[4].

El espectáculo del mundo político actual dista mucho de aquel que conociera Bodin, con Estados amurallados. El escenario presente se

[2] Hemos desarrollado este tema en: ROSATTI, Horacio, *Prórroga de jurisdicción y soberanía nacional*, en *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004-1, ps. 43 y ss.

[3] BODIN, Jean, *Los seis libros de la República*, trad. de Pedro Bravo Gala, Hyspamérica, Buenos Aires, 1989, Libro Primero, Cap. VIII, p. 79.

[4] Ídem, Libro Primero, Cap. X, ps. 90 y ss.

caracteriza por exhibir un flujo continuo de relaciones entre los Estados nacionales y entre éstos y las organizaciones internacionales.

Si se practicara un congelamiento de la imagen calidoscópica de vectores e interacciones y se analizara cualitativamente la información, podría observarse que la *tendencia* de la relación entre el Estado y la comunidad internacional no refiere sólo a la *iniciativa* (quién busca a quién) sino también –y fundamentalmente– al *sentido* en que se direccionan los compromisos (quién obliga a quién).

Desde el primer punto de vista (la tendencia como *iniciativa*) podría observarse que en ocasiones la iniciativa parte del Estado y en otras parte de la comunidad internacional. Haciendo foco en el Derecho y con el alcance de un criterio general observamos que:

- en materia de *derechos humanos*, han sido los Estados-nacionales quienes han tomado la decisión de concretar su reconocimiento internacional y aun de crear organismos políticos y jurisdiccionales supranacionales encargados de analizar y dirimir los casos de supuesta violación dentro de sus respectivos territorios[5];

[5] Un caso paradigmático es el de los órganos encargados de velar por el cumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), vigente en el Estado argentino con el máximo rango constitucional: la preexistente Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por la Convención.

La *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, órgano que tiene por función velar por la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir de instrumento consultivo a la Organización de Estados Americanos, tiene una doble competencia: a) recibir peticiones individuales contra los Estados que hayan ratificado la Convención, y b) recibir peticiones contra los Estados miembros de la OEA que no sean partes del Pacto de San José de Costa Rica.

La *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Para que la Corte pueda conocer un caso es necesario que se hayan agotado los procedimientos ante la Comisión y que los Estados parte en el mismo hayan reconocido la competencia del tribunal. Además de la competencia contenciosa, la Corte tiene una función consultiva, toda vez que los Estados miembros de la OEA y algunos de los órganos previstos en su Carta pueden solicitarle opinión acerca de la interpretación de la Convención, así como de otros tratados sobre derechos humanos o aun de la compatibilidad de la propia legislación interna de los Estados miembros con los citados instrumentos.

Si en un caso contencioso la Corte entiende que ha existido una violación a un derecho contenido en la Convención puede disponer que se garantice el ejercicio del

- en materia de *intereses económicos*, ha sido el mercado mundial o la comunidad internacional de negocios –normalmente comandada por los países más desarrollados– la que, una vez conformada, ha generado el acercamiento hacia los Estados, procurando convencerlos acerca de las ventajas que supone manejarse con pautas jurídicas homogéneas dentro de un contexto económico globalizado.

Desde el segundo punto de vista (la tendencia como *indicador de compromisos*), si bien podría decirse que tanto en materia de *derechos humanos* como de *intereses económicos* es la comunidad internacional la que plantea los compromisos a cumplir por parte de los Estados, no es menos cierto afirmar que mientras en el primer caso (*derechos humanos*) tales compromisos carecen de coacción legal efectiva (lo que motiva incumplimientos frecuentes, tanto por parte de Estados desarrollados política y económicamente cuanto por Estados subdesarrollados en ambos sentidos), en el segundo caso (*intereses económicos*) tales compromisos están sujetos a una sanción efectiva, consistente en el aislamiento del Estado incumpliente y la correlativa imposibilidad de acceder a los *beneficios* de la globalización (acceso al crédito, integración al comercio mundial, etc.).

Si la globalización supone una restricción, una modificación o –en el extremo– la muerte misma de la *soberanía*, lo que debe entenderse es que afecta a la calidad o condición de *última instancia* de decisión, acción y sanción de un Estado nacional. Pero si, en cambio, lo que la globalización afecta es la *potestad misma* de decisión, acción o sanción del Estado, entonces lo que en realidad estaría haciendo es herir de muerte a la *estatidad*, es decir a aquello que permite reconocer al Estado.

derecho en cuestión, la reparación de las consecuencias que la medida hubiera generado en la víctima o el pago de una justa indemnización, según corresponda.

El objetivo del proceso no es imponer penas a los autores de las violaciones, sino amparar a las víctimas y reparar los perjuicios sufridos, por lo que no puede catalogarse al procedimiento ante la Corte como un proceso penal internacional.

El fallo es definitivo e inapelable. Los Estados parte de la Convención asumen a través de la misma el compromiso de cumplir la decisión de la Corte cuando sean partes de una causa.

Debatir en torno a la condición y futuro de los Estados a partir de una globalización que les discute la potestad de erigirse en la *última instancia* decisional es posible, con más razón si han sido los propios Estados quienes han cedido voluntariamente esa condición; pero discutir sobre el Estado a partir de una globalización que les niega su *estatidad*, o sea su condición de ser, es una *contradictio in terminis*.

Por ello es de la mayor importancia determinar, en cada caso concreto, si la restricción que se propone o se practica –en nombre de la globalización– es a la *soberanía* o si, por el contrario, lo es a la *estatidad*.

Dentro de estos parámetros se ubica la relación justicia nacional-justicia extranjera en orden al establecimiento de la jurisdicción.

B. *Inmunidad y prórroga de la jurisdicción conforme al Derecho Internacional y al Derecho nacional*[6]

Se entiende por *inmunidad de jurisdicción* a la "imposibilidad de que un Estado soberano sea juzgado por los tribunales de otro país o por tribunales internacionales" y por *prórroga de jurisdicción* a la posibilidad de que ello acontezca por el hecho de ser consentido por el Estado involucrado.

a) *El Derecho Internacional*

A partir de mediados del siglo XX, la comunidad internacional ha ido mutando desde la primitiva idea de la inmunidad soberana *absoluta* de los países, correlativa al surgimiento y consolidación de los Estados nacionales[7], hacia el concepto de inmunidad *relativa*, bajo el cual es

[6] En ocasión de desempeñarme como procurador del Tesoro de la Nación tuve que expresarme sobre el particular. Por ello, sigo en el desarrollo de este tema los términos del dictamen que redacté y firmé el 15 de marzo de 2004, *in re* "Expte. CUDAP S01-0199146/03 del Ministerio de Economía y Producción" (PTN, *Dictámenes* 102:04), publicado en la *Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Nº 41, enero-junio de 2004, ps. 190 y ss.

[7] KNIERIM, K. Phillip, *Sovereign immunity from judicial enforcement: the impact of the European Convention on State Immunity*, en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 12, Nº 1, p. 131 (1973).

posible admitir la jurisdicción de un tribunal extranjero para dirimir conflictos generados a partir de determinados actos del Estado.

Esta mutación se ha debido, según cierta doctrina, a la intensificación del respeto por el Estado de Derecho concretado como tendencia universal luego de la Segunda Guerra Mundial, circunstancia que ha hecho perder cierta inicial desconfianza hacia la supuesta parcialidad de los tribunales de un país para juzgar la conducta de otro país[8], a lo que se ha agregado la necesidad de dar respuesta a los conflictos suscitados a partir de la creciente vinculación comercial interestatal[9].

El punto de inflexión que ha motivado a los Estados a admitir la prórroga de jurisdicción hacia tribunales extranjeros (y a considerar que ello no afecta de muerte a su soberanía y menos aún a su estatidad) se afirma en la diferenciación, clasificación y calificación de los diversos actos estatales. Así, se ha afirmado que ciertos actos constituyen manifestaciones de la soberanía estatal (actos *juri imperii*) en los que cabe la aplicación de la inmunidad en sentido amplio o *absoluto* (y –como una de sus secuelas– la improrrogabilidad de jurisdicción), en tanto otros actos estatales, propios de la actividad comercial, se encuadran dentro del marco del Derecho Privado (*jure gestionis*), en los que domina de modo decisivo el principio de autonomía de la voluntad, pudiendo ser una de sus secuelas la prórroga de jurisdicción[10].

Tal prórroga, consistente en admitir que eventuales controversias entre las partes contratantes sean dirimidas por jueces extranjeros (el llamado *forum conviniens*), en tanto pactada o aceptada por los Estados, sería entonces compatible con la noción moderna o *limitada* de inmunidad soberana, en la medida en que sus efectos sólo se extiendan a los aspectos contractuales de una transacción que califica como actividad comercial del Estado.

Este criterio es seguido por la Convención Europea en materia de

[8] LAUTERPACH, Hersch, *The problem of jurisdictional immunity to foreign states*, en 28 *Brit. Y. B. Int'l L.* 220, 250-272 (1951).

[9] ALLEN, E., *The position of foreign states before national courts 301-301 (1933)*, en VON MEHREN, Robert, *The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, en *Columbia Journal of Transnational Law*, 17:33 (1978).

[10] MARZORATI, Osvaldo, *Consideraciones sobre la inmunidad de jurisdicción y ejecución de los Estados*, en E. D. del 28-4-2003, p. 1.

Inmunidad de los Estados concluida el 16 de mayo de 1972, por la Ley de Inmunidades Soberanas de Estados Extranjeros de los Estados Unidos de América de 1976 (*Foreign Sovereign Immunities Act* o *FSIA*) y por la Ley Británica de Inmunidad Soberana de 1978.

La FSIA de 1976 reconoce como principio general que "...un Estado soberano será inmune a la jurisdicción de los tribunales federales y estaduales de los Estados Unidos con excepción de lo previsto en las Secciones 1605 a 1607 de este capítulo" (v. Sección 1604).

Entre las excepciones listadas es del caso mencionar la renuncia expresa o implícita al ejercicio de tal inmunidad (en los términos en que esa renuncia es formulada) y, en lo que aquí interesa, cuando la acción está basada en actividad comercial llevada a cabo en los Estados Unidos por el Estado extranjero; o en un acto cumplido en los Estados Unidos en conexión con una actividad comercial del Estado extranjero en cualquier otra parte; o en un acto realizado fuera del territorio de los Estados Unidos en conexión con una actividad comercial del Estado extranjero en cualquier otra parte y siempre que el acto cause un efecto directo en los Estados Unidos (v. Sección 1605 de la FSIA).

La República Argentina no ha sido ajena a la evolución operada en la regulación de la materia. La ley 24.488 dispone en su artículo 1° que "Los Estados extranjeros son inmunes a la jurisdicción de los tribunales argentinos, en los términos y condiciones establecidos en esta ley" y, con similares bases que los textos extranjeros mencionados, consagra una serie de excepciones en las que el Estado extranjero no puede invocar la inmunidad soberana (art. 2°)[11].

[11] Ley 24.488, art. 2°: "Los Estados extranjeros no podrán invocar inmunidad de jurisdicción en los siguientes casos: a) Cuando consientan expresamente a través de un tratado internacional, de un contrato escrito o de una declaración en un caso determinado, que los tribunales argentinos ejerzan jurisdicción sobre ellos; b) Cuando fuere objeto de una reconvención directamente ligada a la demanda principal que el Estado extranjero hubiere iniciado; c) Cuando la demanda versare sobre una actividad comercial o industrial llevada a cabo por el Estado extranjero y la jurisdicción de los tribunales argentinos surgiere del contrato invocado o del Derecho Internacional; d) Cuando fueren demandados por cuestiones laborales, por nacionales argentinos o residentes en el país, derivadas de contratos celebrados en la República Argentina o en el exterior y que causaren efectos en el territorio nacional; e) Cuando fueren demandados por daños y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio; f) Cuando se tratare de acciones sobre bienes inmuebles que se encuentren en territorio nacional; g) Cuando se tratare de acciones basadas en la calidad del Estado extranjero como heredero o legatario de bienes que se encuentren en el territorio nacional; h) Cuando, habiendo acordado por escrito someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, pretendiere invocar la inmunidad de jurisdicción de los tribunales argentinos en un procedimiento relativo a la validez o la interpretación del convenio arbitral o referida a la anulación del laudo, a menos que el convenio arbitral disponga lo contrario".

La conclusión que podría extraerse de las citas precedentes, a partir de la consideración del carácter excepcional de la prórroga de la jurisdicción, es que tal prórroga debería estar sujeta a cierta condición de *reciprocidad* entre los Estados. Mirado desde las fronteras estatales hacia afuera, la *reciprocidad* en este tema no sería sino la exteriorización del principio de igualdad jurídica de los Estados nacionales[12]. Mirado desde las fronteras estatales hacia adentro, el reconocimiento internacional de la igualdad jurídica de los Estados no es sino el reconocimiento de su soberanía.

b) *La legislación argentina*

El instituto de la prórroga de jurisdicción nacional ante tribunales extranjeros está previsto y regulado en el artículo 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN).

Dicha norma comienza declarando, como principio general, la *improrrogabilidad* de la competencia atribuida a los tribunales nacionales.

Sin embargo admite, a título de excepción, la posibilidad de que las partes *de conformidad* sometan determinados asuntos (los *exclusivamente patrimoniales*) a otros jueces; incluso a jueces o árbitros que actúen fuera de la República, si los asuntos fuesen *de índole internacional*.

Los límites que la norma en análisis impone para que estos casos (los *internacionales* y *patrimoniales*) puedan prorrogarse son dos:

- que los temas no sean de jurisdicción *exclusiva* de los tribunales argentinos, y
- que no exista ley prohibitiva del instituto.

Por su lado, el artículo 2° del citado CPCCN aclara que la prórroga

[12] BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1997, t. III, p. 476.

puede ser *expresa* o *tácita,* estableciendo los mecanismos por los que las partes manifiestan dicha voluntad (vgr., convenio escrito, interposición y contestación de la demanda).

El marco normativo reseñado debe ser analizado en congruencia con las normas constitucionales atributivas de competencia de los tribunales federales. Así, la eventual demandabilidad del Estado nacional en función de los asuntos precitados no encuadraría *prima facie* dentro de las hipótesis de competencia federal por *razón de la materia*, de carácter improrrogable, sino que se enmarcaría dentro de la (denominada por el CPCCN) competencia *territorial* (en términos constitucionales) por *razón de las personas*, susceptible de ser prorrogada[13].

En efecto, la *exclusividad* –y consecuente *improrrogabilidad*– de la competencia (jurisdicción) territorial de los tribunales nacionales dimana de las normas atributivas de competencia y distributivas de jurisdicción.

El artículo 116 de la Constitución Nacional prevé los supuestos en los que la Corte Suprema de Justicia y los tribunales inferiores de la Nación resultan competentes, incluyendo a "los asuntos en que la Nación sea parte". Dicha norma no establece la mentada *exclusividad*, de la que pueda inferirse la negativa a diferir el conocimiento de esos asuntos a tribunales extranjeros[14]. Sí establece la improrrogabilidad el artículo 117, pero sólo respecto de las causas en las que deba entender la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dentro de la denominada competencia *originaria* del máximo tribunal, y que son los definidos en dicho artículo (asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte), quedado excluidos los asuntos en los que la Nación es parte, respecto de los que la Corte toma conocimiento sólo por apelación[15].

[13] FENOCHIETTO, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales*, Astrea, Buenos Aires, 1999, t. I, ps. 34/35.

[14] EKMEKDJIAN, Miguel A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1999, t. V, ps. 448 y ss.

[15] SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1999, t. 2, ps. 134, 139 y ss.; GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, anotada y comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 809; HARO, Ricardo, *La competencia federal. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 19.

De otro lado, la exclusividad de la competencia del tribunal nacional debe ser *expresa*, es decir, la norma debe atribuir la competencia o jurisdicción *únicamente* a un determinado juez o tribunal nacional, con exclusión, o sin que quepa la alternativa, de que cualquier otro juez la ejerza.

Se concluye entonces que, en términos constitucionales, la demandabilidad por incumplimiento estatal en cuestiones exclusivamente patrimoniales e internacionales no ingresaría dentro de la zona de competencia *exclusiva* de los tribunales argentinos; en tal carácter, la improrrogabilidad de jurisdicción sólo podría fundarse en una ley especial que así lo estableciera (CPCCN, art. 1°).

Dicho de otro modo: la imposibilidad de someter una cuestión controversial patrimonial, de carácter internacional, en la que intervenga el Estado argentino, a un tribunal extranjero dependerá de una ley que expresamente lo prohíba.

No obstante, *de lege ferenda*, conviene recordar lo sostenido por la Procuración del Tesoro de la Nación: *quienes dirigen las negociaciones de la República no deben acceder a semejantes cláusulas sino en caso de excepcional importancia y de absoluta necesidad*[16], agregándose que la prórroga debe formularse hacia un sistema jurídico, dotado de regularidad y previsibilidad funcionales.

Es que 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* que por ser extranjero no es por ello imprevisible. La prórroga así entendida supone un relacionamiento de *sistemas jurisdiccionales* (el local que lo permite y el extranjero que lo habilita); tal relacionamiento no se extingue con la habilitación al tribunal extranjero (vgr.: para el caso argentino el art. 1° del CPCCN) sino que continúa incluso en la hipótesis de la ejecución de lo decidido en extraña jurisdicción (vgr.: arts. 517 a 519 del CPCCN).

En efecto, de reunirse las condiciones previstas por la ley nacional,

[16] PTN, *Dictámenes* 129:137.

la ejecución de una sentencia extranjera debe satisfacer los requisitos del *exequatur* o "autorización para la ejecución". Se ha afirmado que el sentido de esta institución es el de convertir la sentencia extranjera en título ejecutorio argentino a través de un proceso de conocimiento o reconocimiento, para lo cual debe determinarse la compatibilidad de esa sentencia extranjera con los principios de orden público del Derecho argentino.

Conviene finalmente reiterar que la aceptación de la prórroga de la jurisdicción, en los términos previstos por la ley argentina, no equivale ni supone resignar o renunciar a la *inmunidad soberana* que protege a la potestad de imperio (ni a los actos realizados en su consecuencia) y que distingue a los Estados nacionales de los regímenes coloniales.

La Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho sobre el particular: "Los ordenamientos de distintos países (*Foreign Sovereign Immunities Act* de Estados Unidos, de 1976; *European Convention on State Immunity*, ratificada por Austria, Bélgica y Chipre; el decreto-ley 2349, de la República de Chile, del 13 de octubre de 1978; la ley 13.998, el decreto 1285/58, ratificado por la ley 14.467 y el decreto 9015/63 de nuestro país), así como los proyectos de los organismos internacionales (como el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de la organización de las Naciones Unidas, publicado en A/CN4/446, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 44 período de sesiones) y aun jurisprudencia interna de los Estados, obligan a concluir que la regla general que gobierna esta materia es la inmunidad de los Estados soberanos [...] Si el Estado extranjero se somete contractualmente a la jurisdicción de los Estados Unidos y acepta la aplicación del Derecho americano, los tribunales tanto Federales como Estaduales deberán limitar su intervención en los términos y condiciones del FSIA de 1976, no necesariamente involucrando ese sometimiento –como ya se ha dicho– una renuncia a la inmunidad de jurisdicción o de ejecución de ese Estado (ver *Restatement of Laws*, vols. 1 y 2, al pq. 390 et sus)"[17].

En términos de soberanía, entender la prórroga de la jurisdicción

[17] PTN, *Dictámenes* 209:101.

de un país hacia otro como un *relacionamiento* de ordenamientos jurídicos y permitirla en términos de reciprocidad supone afirmar el presupuesto de la igualdad jurídica de los Estados.

También en términos de soberanía, entender la prórroga de la jurisdicción como un *sometimiento* de un ordenamiento jurídico hacia otro, sin reciprocidad y sin reencuentro del ordenamiento jurídico del Estado prorrogante consigo mismo al final del camino, supone la consagración jurídica de la desigualdad entre los Estados.

Retomando una diferenciación que formuláramos más arriba, consideramos que la prórroga de la jurisdicción entendida como *relacionamiento* de sistemas jurídicos expresa una "forma pura" de vinculación internacional y supone la aceptación de la tesis de la inmunidad soberana restringida o limitada, actualmente dominante en el ámbito del Derecho Internacional; en tanto que la prórroga entendida como el *sometimiento* de un régimen jurídico por parte de otro expresa una "forma impura" de vinculación internacional y constituye un ataque a la estatidad.

2. Inmunidad de ejecución del Estado en el ámbito internacional

La *inmunidad de ejecución*, entendida como la "prerrogativa reconocida a los Estados por el orden jurídico internacional, por la cual se entiende que determinados bienes de su propiedad, necesarios para su normal desenvolvimiento, se encuentran desafectados de un eventual embargo o ejecución", es, al igual que la inmunidad de jurisdicción, una modalidad del concepto genérico de inmunidad soberana del Estado.

Según la doctrina internacional la ejecución es un corolario posible de la jurisdicción[18]; no obstante, de ello no se sigue necesariamente que la imposibilidad de invocar la inmunidad de jurisdicción por parte de un Estado soberano traiga como consecuencia la ejecutabilidad de una sentencia en su contra, dado que una medida de un Estado destinada a desposeer a otro de sus bienes tiene mayor repercusión en las relaciones internacionales que el hecho de dictar contra él una sentencia condenatoria.

[18] SCHREUER, Christoph, *State Immunity: some recent developments*, Grotius Publications Limited, Cambridge, 1988, p. 125.

En principio y por regla general, el Estado extranjero y sus bienes no pueden ser objeto de medidas de ejecución, incluyendo a las medidas cautelares, los procedimientos de apremio, aprehensión, embargo o secuestro de bienes. El Estado concernido puede alegar esta inmunidad en el momento mismo de la ejecución, aunque hubiera aceptado la jurisdicción de los tribunales del Estado territorial. La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 despeja cualquier duda al afirmar en su artículo 32.4 que "la renuncia a la inmunidad de jurisdicción respecto de las acciones civiles o administrativas no ha de entenderse que entraña renuncia a la inmunidad en cuanto a la ejecución del fallo, para lo cual será necesaria una nueva renuncia".

En la misma línea, la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina ha sostenido que "...la prórroga de jurisdicción es un concepto sustancialmente diverso al de la renuncia de la inmunidad soberana, aun cuando poseen evidentes puntos de contacto. La aceptación de la competencia internacional de un tribunal específico en modo alguno implica abandonar los privilegios que importa la condición de Estado soberano de un determinado país"[19]. Uno de esos privilegios o atributos es el de la inmunidad de ejecución de sentencias condenatorias sobre determinados bienes del Estado.

En la práctica internacional la inmunidad de ejecución –al igual que la de jurisdicción– no está reconocida en términos absolutos. En general, se considera que puede ceder cuando los bienes a ejecutar no están destinados al ejercicio de funciones públicas.

La Convención Europea en materia de Inmunidad de los Estados concluida el 16 de mayo de 1972 consagra como principio general que un Estado extranjero no puede ser sometido a medidas de ejecución, salvo el caso de expresa renuncia por parte de éste (art. 23).

Igual inteligencia guía el Proyecto elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, que establece que sólo podrán adoptarse medidas coercitivas en las siguientes hipótesis:

- cuando el Estado haya consentido ese tipo de medidas por acuerdo internacional, convenio arbitral o contrato escrito, o por una declaración ante el tribunal;

[19] PTN, *Dictámenes* 209:101.

- cuando el Estado haya designado o afectado bienes para la satisfacción de la demanda objeto del proceso;
- cuando los bienes sean utilizados o estén destinados a ser utilizados para fines que no sean de servicio público no comercial, se encuentren en territorio del Estado del foro y tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso.

El Proyecto de mención aclara expresamente que el consentimiento al ejercicio de la jurisdicción no implica la posibilidad de adoptar medidas ejecutorias, para las cuales será necesario un consentimiento separado (art. 18 del Proyecto de Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, adoptado por el Comité *ad hoc* sobre esa materia en marzo de 2003).

La práctica reciente en materia de ejecución de sentencias contra Estados extranjeros señala que la cuestión ha quedado diferida a la consideración de los tribunales. La tendencia general ha sido permitir la ejecución respecto de bienes destinados a la actividad comercial del Estado y denegarla sobre bienes afectados al cumplimiento de fines públicos del Estado.

Respecto de la nómina de bienes estatales inembargables e inejecutables, hemos sostenido –en ocasión de ejercer la Procuración del Tesoro de la Nación– que revestían tal condición los siguientes[20]:

a) Un *primer grupo*, integrado por la propiedad del Estado afectada al cumplimiento de sus funciones diplomáticas y consulares (arts. 22, 25, 30 y 32 de la citada Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas). La protección indicada debe entenderse también extendida a las residencias del personal diplomático y consular y así lo ha interpretado la jurisprudencia norteamericana[21].

b) Un *segundo grupo* de propiedad protegida es la destinada o

[20] Sigo en el desarrollo de este tema los términos del dictamen que redacté y firmé el 15 de marzo de 2004, *in re* "Expte. CUDAP S01-0199146/03 del Ministerio de Economía y Producción" (PTN, *Dictámenes* 102:04), publicado en la *Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Nº 41, enero-junio de 2004, ps. 190 y ss.

[21] "United States vs. County of Arlington", 669 F.2d 925 (4th Cir. 1982), 702 F.2d 485 (4th Cir. 1983), cert. denied 103 S.Ct., casos anotados en *Brooklyn J. I. L.* 9 (1983), p. 431, *Vanderbilt J. Transnat. L.* 16 (1983), p. 714.

relacionada con el uso militar. La codificación sobre inmunidad soberana en distintos países expresamente excluye la posibilidad de perseguir la ejecución contra tales bienes (v. Sección 16[2] de la Ley Británica de Inmunidad Soberana de 1978; Sección 1611[b][2] de la Ley de Inmunidades Soberanas de Estados Extranjeros de los Estados Unidos de América de 1976 [*Foreign Sovereign Immunities Act* –FSIA–], entre otras normas).

c) Un *tercer grupo* de bienes protegidos está integrado por aquella propiedad relacionada con la membresía a organizaciones internacionales. La FSIA expresamente dispone la inmunidad de los fondos pendientes de desembolso por parte de organismos internacionales a un Estado (Sección 1611[a]).

d) Un *cuarto grupo* de propiedad protegida la componen los *objetos culturales* de especial relevancia del Estado, aun cuando potencialmente puedan ser materia –por su naturaleza– de algún tipo de transacción comercial.

e) Respecto de las *cuentas bancarias del Estado*, la tendencia jurisprudencial se inclina por reconocer su inmunidad en los casos en que tales cuentas se relacionen con una función pública del Estado, con la salvedad de que tal imputación debe existir al momento de la ejecución, no siendo suficiente sostener que en el futuro estarán destinadas a cumplir algún propósito público[22]. Así, los fondos ubicados en cuentas bajo el control de las representaciones diplomáticas y militares del Estado extranjero y las cuentas de los bancos centrales o de autoridades monetarias del Estado extranjero gozan de protección[23].

[22] SCHREUER, ob. cit., p. 150.

[23] Lo primero –la protección de las cuentas destinadas al mantenimiento de la actividad diplomática y consular de un Estado– surge de la protección general otorgada en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y lo segundo –la protección de las cuentas destinadas al mantenimiento de la actividad militar del Estado y aquellas de su banco central– de normas como la Sección 1611(b)(1) de la FSIA.

Merecen destacarse en este sentido distintos pronunciamientos jurisprudenciales de la República Italiana en los casos "Montefusco c/Estados Unidos de América", Casación Civil, 12-1-96, Nº 173; "Gimahiria Araba Libia Popolare c/Con SOC Pros. Of. Me.", Casación Civil, 25-5-89, Nº 2502; "Gimahiria Araba Libia Popolare c/Con SOC Pros. Of. Me.", Casación Civil, 30-5-89, Nº 5091; "Benamar Capizze c/Embajada

f) Finalmente, se debe tener presente que, como desde antiguo ha señalado la Procuración del Tesoro de la Nación, cualquier enunciación de bienes inembargables no puede interpretarse efectuadá de modo taxativo. En el sentido expuesto, deviene de la mayor importancia la mención acerca de que también serán inembargables los bienes incluidos en los artículos 2337 y 2340 del Código Civil y aquellos no individualizados expresamente pero que, sin embargo, estén destinados o afectados al cumplimiento de funciones públicas esenciales.

En el otro extremo, existe consenso en cuanto a que los bienes claramente destinados a propósitos comerciales pueden ser objeto de ejecución, lo que incluye buques y mercaderías (sólo si están relacionados con actividad comercial) y certificados de acciones[24].

de la República de Argelia", Casación Civil, 4-5-89, Nº 2085. Asimismo, los casos STC 107/92 del Tribunal Constitucional español; Z.a.Ö.R.V., 1978, p. 242, *I. L. R.* vol. 65, p. 146 del Tribunal Constitucional alemán, y "Alcom Ltd. vs. Republic of Colombia", *All England Law Report*, 1984, vol. 2, p. 6 de la Cámara de los Lores británica.

[24] SCHREUER, ob. cit., p. 148.

SEXTA PARTE

LA ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL DEL PODER