

# La “jurisdicción exorbitante” del poder judicial norteamericano: El caso de los fondos buitres contra la República Argentina

*The “exorbitant jurisdiction”  
of the Norteamerican judiciary:  
The case of Vulture Funds against  
The Argentinian Republic.*

*Augusto Martinelli<sup>1</sup>*

Universidad Nacional de La Plata. Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 6/Nº 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre)

<https://doi.org/10.24215/25251678e537>

Recibido: 01/09/2021

Aprobado: 15 /09/2021

<https://orcid.org/0000-0001-7818-096X>

**Resumen:** Este artículo analiza dos instancias procesales del caso NML Capital v. Republic of Argentina (2013-2014). En este caso, conocido como “el juicio del siglo”, los acreedores de deuda Argentina emitida bajo legislación estadounidense iniciaron acciones legales contra el país ante cortes federales del Estado de Nueva

---

<sup>1</sup> CV Abogado (UNLP), Maestrando en Derecho Procesal (UNLP). Diplomado en Argumentación Jurídica (USI). LLM en U.S. Legal Studies (Fordham Law School). Este trabajo es el resultado de dos semestres de investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Fordham, Nueva York (2019-2020). La versión en inglés se encuentra en proceso de publicación. El autor agradece por sus invaluables aportes a María Dinard, Francisco Verbic, Octavio Barone, Sebastián Chumbita, Matías Tau, George Conk, Pamela Bookman y María Emilia Mamberti.

York. La forma en que NML fue resuelto demuestra que, para ejecutar sus sentencias, las cortes de estadounidenses pueden restar importancia a derechos constitucionales como el debido proceso y el derecho de defensa en pos de asegurar el efectivo cumplimiento de lo ordenado. Como si el fin de ejecutar la decisión se pudiera imponer sobre los medios a emplear. En particular, el análisis se enfoca en dos etapas del caso, posteriores a la sentencia definitiva que condenó a Argentina a pagarle a los fondos buitres. Analiza si las cortes de EE.UU. tienen jurisdicción para emitir (1) una orden de discovery para identificar bienes argentinos radicados fuera de EE.UU. y (2) una orden de hacer de carácter permanente que obligue al país a pagar de igual forma a los acreedores que aceptaron la reestructuración de la deuda y a los que no lo hicieron. También analiza la estrategia que implementó el Juez Thomas Griesa para forzar a la Argentina a cumplir con sus sentencias definitivas. Luego de NML v. Argentina, la Suprema Corte de Justicia estadounidense cambió el criterio en materia de jurisdicción contra extranjeros. Gracias a este nuevo criterio, se redujeron sustancialmente las herramientas que las cortes de primera instancia utilizaban para coaccionar a países juzgados a cumplir con sus sentencias definitivas. Este cambio dejó aún más en evidencia que las controversias sobre deuda soberana requieren de un marco normativo y fuero internacional específico para ser resueltas.

**Abstract:** This article analyzes two instances of NML Capital v. Republic of Argentina (2013-2014). In this case, widely known as “the trial of the century,” Argentina’s sovereign debt creditors sued the country before New York District courts. NML shows that, when it comes to enforcing their merit decisions, US courts may rest importance on constitutional rights such as due process and the right to defense to ensure effective compliance with their rulings. Like if ends could triumph over means. Mainly, the analysis focuses on two instances after the District adjudicated against Argentina by recognizing the vulture fund’s credits. It examines whether the US courts have jurisdiction to issue (1) a post-judgment discovery in aid of execution to target Argentinian assets located outside the US and (2) a permanent injunction to force the country to decide whether to pay

to all of its creditors or none of them. The article also analyzes Judge Thomas Griesa's strategy to force Argentina to comply with its merit decisions by extending its jurisdiction against foreign companies that were not part of the controversy. Fortunately, after *NML v. Argentina*, the US Supreme Court modified the criterion on how District courts should assert personal jurisdiction over foreigners. This new perspective dramatically diminished the scope of district courts to force sovereign nations to comply with their rulings. Moreover, it also left it even more evident that sovereign debt litigation requires a specific international legal framework and jurisdiction.

**Palabras clave:** Deuda soberana – Fondos Buitre – Legislación Estadounidense – Cortes Federale

**Keywords:** Sovereign debt - Vulture Funds – united states law - U.S. courts -

---

## I. Introducción

Este trabajo analizará algunos aspectos procesales del caso *NML Capital v. Republic of Argentina* (en adelante, *NML*), donde el Poder Judicial estadounidense condenó a la Argentina a pagar sumas extraordinarias de dinero a los fondos de inversión que bloquearon el proceso de reestructuración de deuda soberana del país.

*NML* acaparó la atención de la opinión pública a nivel global y fue definido como el "juicio del siglo"<sup>2</sup>. Si bien giró en torno a reclamos por más de ochenta mil millones de dólares<sup>3</sup>, también involucró conflictos geopolíticos. Por un

---

<sup>2</sup> Benedit Mander, *Slow painful ending for "trial of the century"*, Financial Times, 18/02/2014.

<sup>3</sup> Karen Halverson Cross (2014), *U.S. Supreme Court Denies Certiorari and Affirms Discovery in Bondholder Litigation against Argentina*, The American Society of International Law, Vol. 18 Issue 23, (2014), (última actualización 31/08/20, 3.42 pm).

lado, una nación libre que intentaba ejercer su soberanía. Por el otro, fondos de inversión altamente especulativos. En el medio, el Poder Judicial estadounidense, interesado en garantizar “previsibilidad” y “seguridad jurídica” a todo tipo de inversores financieros, inclusive a fondos buitres<sup>4</sup>.

En el apartado 2 veremos las características principales de la Foreign Sovereign Immunities Act (en adelante, FSIA), la norma federal que regula las excepcionales circunstancias en las que una corte estadounidense podrá habilitar su jurisdicción contra un país, cuya inmunidad se presume. Luego, repasaremos la situación de la Argentina en la histórica crisis del 2001, en particular, las dos ofertas que realizó a los tenedores de bonos defaulteados. Si bien Argentina logró persuadir a más del 92% de sus acreedores, una ínfima porción (en adelante, fondos buitres<sup>5</sup>) rechazó ambas ofertas e inició acciones legales para cobrar el monto total de la deuda emitida.

Las demandas quedaron radicadas ante la corte del Juez Thomas P. Griesa, que condenó al país a pagar lo que los fondos buitres reclamaban. La forma de resolver de Griesa generó rechazo en distintos ámbitos por el negativo precedente que generaba para futuras reestructuraciones de deuda, ya

<sup>4</sup> Mallory Barr, *The litigation tango of La Casa Rosada and the vultures: the political realities of sovereign debt, vulture funds and the Foreign Sovereign Immunities Act*, Santa Clara Journal of International Law, pp. 575 (2016).

<sup>5</sup> “Los fondos buitres son fondos de capital de alto riesgo que compran a precio de default títulos de deuda de empresas y, particularmente -a partir de los años 90-, de Estados con economías agonizantes con el propósito de conseguir a través de litigios sumas considerablemente mayores de lo que pagaron por ellos. Tal como describe el economista, Alfredo Zaiat, no son “acreedores de buena voluntad ni actores interesados en participar del juego del mercado [financiero], espacio donde se gana y se pierde con apuestas más o menos arriesgadas con el sube y baja de las cotizaciones (...) sino que el método [que utilizan] para contabilizar ganancias fabulosas es (...) la vía judicial”, Romina Kupelian – María Sol Rivas, *Fondos Buitres: el juicio contra Argentina y la dificultad que representan en la economía mundial*, Centro de Economía y Finanzas para el Desarrollo de la Argentina (CEFIDAR), pp. 7 (2014) (citando a Alfredo Zaiat, “Carroñeros”, Diario Página 12, 27/08/2013).

que invitaba a los acreedores a no aceptar quitas de capital e intereses sino a litigar por el monto total de lo adeudado.

Sin embargo, el verdadero desafío de los fondos buitres surgió cuando quisieron ejecutar las sentencias definitivas ante la negativa de Argentina de cumplir con la condena de Griesa. Frente a la postura adoptada por el país, los fondos buitres modificaron sus reclamos para incorporar dos pedidos: una medida de discovery para identificar bienes argentinos radicados en el mundo y una orden de hacer de carácter permanente para que se obligue a Argentina a pagarle a los fondos buitres de la misma forma que se le estaba pagando al 92% de los acreedores que aceptaron la reestructuración de la deuda.

En los apartados 2.b y 2.c veremos las dos órdenes que Griesa emitió para forzar a Argentina a cumplir con las sentencias definitivas. Ambas fueron concedidas bajo argumentos que se contradicen con el espíritu de la FSIA, que establece un criterio restrictivo en materia de jurisdicción contra países. El contraste entre las ordenes de Griesa y el espíritu de la FSIA permitirá poner en debate la situación de las naciones juzgadas ante cortes estadounidenses. En el apartado 3.a lo veremos y, desde una mirada de debido proceso, analizaremos los límites que estas cortes deberían respetar cuando emiten órdenes contra un país.

Por otro lado, el apartado 4 se enfocará en uno de los puntos más importantes sobre la estrategia que implementó Griesa para forzar al país a cumplir con las sentencias definitivas: como asumió que Argentina no cumpliría espontáneamente las sentencias definitivas, extendió su jurisdicción contra instituciones financieras que prestaban servicios al país y les ordenó determinado accionar bajo apercibimiento de sancionarlos.

Parte del análisis se enfocará en esta maniobra de Griesa que, para garantizar el cumplimiento de sus sentencias, forzó los límites jurisdiccionales de la FSIA para que los fondos buitres pudieran cobrar. Como también veremos, al

utilizar estos “atajos”, Griesa lesionó el derecho de estas instituciones financieras a ser juzgadas en el marco del debido proceso, garantizado en la Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense.

En los apartados 4.a y 4.b veremos que, muy poco tiempo después de *NML*, la Suprema Corte de EE.UU y dos de las cámaras de apelaciones más importantes del país cambiaron el criterio sobre jurisdicción contra personas físicas o jurídicas extranjeras. Este cambio, más respetuoso de la diplomacia y cortesía internacional, reducirá sustantivamente los atajos que las cortes distritales podían utilizar para forzar a países a cumplir con sentencias emitidas por cortes estadounidenses. Como hizo Griesa con Argentina.

Antes de comenzar, es importante aclarar que el análisis propuesto no se enfocará en la cuestión de fondo, vinculada al incumplimiento contractual y los alcances de la famosa cláusula “*pari passu*”<sup>6</sup>, sino que analizará las órdenes que Griesa emitió para forzar al país a cumplir con sus sentencias definitivas.

## II. La FSIA y el “Juicio del Siglo”

La forma en que EE.UU se condujo con otros países en controversias judiciales cambió drásticamente durante el siglo XX<sup>7</sup>. En términos generales, EE.UU no permitía que sus cortes ejercieran su jurisdicción contra otras naciones<sup>8</sup>. Sin

<sup>6</sup> Explican Mitu Gulati y Robert E. Scott que la cláusula “*pari passu*” siempre fue una “cláusula ornamental” que hace décadas se inserta en determinados contratos, pero que nunca fue interpretada como una condición de igual tratamiento entre acreedores. La primera vez que fue interpretada de esa forma fue en el caso de Elliot Associates contra Perú. Mitu Gulati – Robert E. Scott, *Foreword. The three and a half minute transaction: Boilerplate language and the limits of contract design*, Hofstra Law Review, pp. 2 (2011)

<sup>7</sup> W. Mark C. Weidemaier, *Sovereign immunity and sovereign debt*, University of Illinois Law Review, pp. 69 (2014).

<sup>8</sup> Joshua Burrell, *Sovereign Disobedience: the role of U.S. courts in curtailing the proliferation of sovereign default*, Indiana International & Comparative Law Review, pp. 283 (2015).

embargo, en los hechos, la falta de criterios claros y legalmente establecidos permitía que el Poder Ejecutivo determinara caso por caso cuándo un país estaba protegido con inmunidad absoluta y cuándo era susceptible de ser demandado ante una corte estadounidense<sup>9</sup>.

Para reducir esta discreción, en 1976 el Congreso promulgó la FSIA y estableció marco normativo "objetivo" que identificara las excepcionales circunstancias en las que una corte estadounidense podía habilitar su jurisdicción contra un país<sup>10</sup>. El artículo §1605 dispuso, como regla general, que los países y sus bienes gozaban de absoluta inmunidad de jurisdicción y ejecución ante cortes del país<sup>11</sup>.

Solo en seis casos taxativos la FSIA permitió que las cortes ejercieran su jurisdicción contra Estados soberanos<sup>12</sup>. En lo que importa para este análisis, el artículo § 1605(a)(2) dispuso que los países no contarán con inmunidad de jurisdicción y ejecución cuando se involucren en actividades comerciales que afecten los intereses de EE.UU. De darse este supuesto, una corte podría habilitar su jurisdicción, por ejemplo, ante el reclamo de un acreedor que pretende obtener una ejecución de su contrato, como en *NML*.

---

<sup>9</sup> Irene P. King, *Are Foreign Sovereigns Entitled to Constitutional Due Process - The Ninth Circuit's Analysis of Personal Jurisdiction in Altmann v. Republic of Austria*, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, pp. 391 (2003).

<sup>10</sup> *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428, pp. 434 (1989); *Republic of Austria v. Altman*, 541 U.S. 677, pp. 717 (2004). Ver también Irene P. King, *Are Foreign Sovereigns Entitled to Constitutional Due Process - The Ninth Circuit's Analysis of Personal Jurisdiction in Altmann v. Republic of Austria*, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, pp. 391 (2003). Ver también Colin Martindale, *Don't cry for me Argentina: The aftermath of Republic of Argentina v. NML Capital and the uncertain limits of post-judgment attachment discovery against foreign sovereigns*, Berkeley Journal of International Law, pp. 524 (2019).

<sup>11</sup> Joseph M. Terry, *Jurisdictional discovery under the Foreign Sovereign Immunities Act*, University of Chicago Law Review, pp. 1029 (1999).

<sup>12</sup> David P. Stewart, *The Foreign Sovereign Immunities Act: A guide for judges*, Federal Judicial Center, International Litigation Guide, pp. 2 (2013). Ver también Simowitz, Op. cit. N° 2, pp. 360. Ver también Fox - Hazel, Op. Cit. N° 2, pp. 242.

Si bien la FSIA implicó un avance importante para establecer criterios objetivos sobre la jurisdicción de cortes estadounidenses contra otros países, también omitió regular aspectos vinculados con la ejecución de sentencias contra países que no cumplen espontáneamente con sentencias definitivas de condena<sup>13</sup>. Este vacío se fue ocupando a través de precedentes judiciales, que no estuvieron exentos de discusiones sobre soberanía, exceso de jurisdicción y debido proceso.

### **a. La crisis de deuda argentina y la estrategia de los “fondos buitres” para ejecutar las sentencias contra el país:**

La República Argentina inició el milenio sumergida en una de sus peores crisis económicas y sociales<sup>14</sup>. El país entró en una profunda recesión, su moneda sufrió fuertes devaluaciones y más del 50% de su población cayó bajo la línea de pobreza<sup>15</sup>. En 2001 renunció el presidente Fernando de La Rúa y en menos de dos semanas Argentina tuvo una sucesión de cinco presidencias. Al no poder hacer frente a la deuda pública externa, el presidente Adolfo Rodríguez Saa declaró el default de la deuda argentina<sup>16</sup>.

Luego de años de inestabilidad económica y social, Argentina inició un virtuoso proceso de crecimiento e inició gestiones para reestructurar la deuda pública externa que había entrado en cesación de pagos<sup>17</sup>. En el año 2005, durante la presidencia de Néstor C. Kirchner, Argentina ofre-

<sup>13</sup> Dan Rosenheck, *Argentina's rational default*, The New Yorker, August 7, 2014.

<sup>14</sup> Joseph E. Stiglitz & Martín Guzmán, *Argentina default? Griesafault is much more accurate*, The Guardian, 07/08/2017.

<sup>15</sup> Romina Kupelian - María Sol Rivas, *Fondos Buitre: el juicio contra Argentina y la dificultad que representan en la economía mundial*, Centro de Economía y Finanzas para el Desarrollo de la Argentina, pp. 5 (2014).

<sup>16</sup> Kupelian - Rivas, Op. Cit. N° 7, pp. 29.

<sup>17</sup> Burres, Op. Cit. N° 10, pp. 271.



ció a sus acreedores intercambiar los bonos en default por nuevos títulos<sup>18</sup>. Para incentivar la adhesión de la mayoría de los acreedores, el Congreso Nacional sancionó la ley N° 26.017 y prohibió al Poder Ejecutivo reabrir la oferta de canje de bonos para quienes no se sumaran a la oferta de reestructuración. El país logró el 76% de adhesión<sup>19</sup>. El resto rechazó lo ofertado<sup>20</sup>.

En 2010, bajo la presidencia de Cristina Fernández de Kirchner, Argentina suspendió los efectos de la Ley N° 26.017 y emitió una segunda oferta de canje que permitió convencer a la mayoría de los acreedores que no habían aceptado en la primera oportunidad. Entre las ofertas del 2005 y 2010, más del 92% de los acreedores avaló la reestructuración de la deuda<sup>21</sup>. Sin embargo, una pequeña porción nuevamente rechazó la propuesta. Entre ellos, los fondos buitres, especuladores financieros que compraron bonos de Argentina en default para litigar agresivamente por el valor total de la deuda<sup>22</sup>.

Presentaron varias demandas que quedaron radicadas en la corte del Juez Griesa, que condenó al país por incumplimiento contractual y le ordenó pagar importantísimas sumas de dinero. Pero Argentina se negó a cumplir. En reiteradas ocasiones planteó cuán injusto era que un Estado soberano se viera obligado a pagarle a una ínfima minoría

---

<sup>18</sup> Kupelian - Rivas, Op. Cit. N° 7, pp. 5.

<sup>19</sup> Brett Neve, *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina: An alternative to the Inadequate Remedies under the Foreign Sovereign Immunities Act*, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, pp. 635 (2014). Ver también Kupelian - Rivas, Op. Cit. N° 7, pp. 75.

<sup>20</sup> Rosenheck, Op. Cit. N° 15.

<sup>21</sup> *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, 699 F.3d 246, pp. 253 (2d Cir. 2012). Ver también Rosenheck, Op. Cit. N° 15.

<sup>22</sup> John M. Fisher, *Starving the Vultures: NML Capital v. Republic of Argentina and Solutions to the Problem of Distressed-Debt Funds*, California Law Review, pp. 1674 (2014). Ver también Aaron D. Simowitz, *Transnational enforcement discovery*, Fordham Law Review, pp. 3300 (2015).

de acreedores especuladores, cuando había logrado persuadir a más del 92% de los acreedores para que aceptaran reestructurar la deuda<sup>23</sup>.

Frente a la postura de Argentina, NML realizó una serie de planteos ante Griesa para persuadirlo de emitir dos órdenes de hacer que indirectamente forzaran al país a cumplir con las sentencias. Ambas requerían que Griesa extendiera su jurisdicción hacia instituciones financieras ajenas a la controversia que prestaban servicios al país. La estrategia no era nueva. Años antes fue probada por los mismos actores contra Perú, cuando en 1995 buscó reestructurar su deuda soberana en default<sup>24</sup>.

Pocos meses después de que Perú defaulteara su deuda, Elliot Associates (controlante de NML Capital<sup>25</sup>), compró parte de estos bonos en el mercado secundario<sup>26</sup>. Cuando el país pretendió acordar con sus acreedores, Elliot rechazó todas las ofertas y lo demandó ante una corte distrital del Estado de Nueva York, que desestimó el caso basándose en la doctrina “*champerty*” (básicamente, porque compró la deuda defaulteada solo para litigar por el monto total<sup>27</sup>). Sin embargo, la Cámara de Apelaciones revocó lo resuelto y reenvió el caso a primera instancia para que dicte un nuevo pronunciamiento. Finalmente, la corte distrital falló a favor de Elliot por más de ochenta millones de dólares, es decir, obligó al país a pagar una renta mayor al 700% en comparación con el dinero invertido para la compra de los bonos defaulteados<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> Neve, Op. Cit. N° 21, pp. 642.

<sup>24</sup> Manuel Monteagudo, *Peru's experience in sovereign debt management and litigation: some lessons for the legal approach to sovereign indebtedness*, Law and Contemporary Problems, Duke Law, pp. 203. Ver también William W. Bratton, *Pari Passu and A Distressed Sovereigns Rational Choices*, Emory Law Journal, pp. 823 (2004).

<sup>25</sup> Neve, Op. Cit. N° 21, pp. 634.

<sup>26</sup> Burres, Op. Cit. N° 10, pp. 279.

<sup>27</sup> *Elliot Associates, L.P. v. Republic of Perú*, 12 F.Supp.2d 328, pp. 351 (S.D.N.Y. 1998)

<sup>28</sup> Burres, Op. Cit. N° 10, pp. 280.

Pero el verdadero desafío de Elliot y compañía se presentó cuando buscaron ejecutar la sentencia definitiva contra Perú<sup>29</sup>, que no la cumplió y continuó con el pago a aquellos acreedores que habían aceptado la reestructuración de la deuda<sup>30</sup>. Para evitar posibles embargos de cortes estadounidenses, Perú contrató los servicios de Euroclear, un intermediario financiero con sede en Bruselas<sup>31</sup>. Pero Elliot interpuso un reclamo ante una corte belga para que congele las cuentas bancarias de Perú y le impida continuar pagando a los acreedores que habían aceptado la reestructuración de la deuda. La corte belga no solo concedió este pedido, sino que lo hizo sin siquiera escuchar la postura de Perú<sup>32</sup>.

NML Capital replicó la misma estrategia contra Argentina<sup>33</sup>. A partir de una contradictoria interpretación de los límites jurisdiccionales de la FSIA, Griesa accedió a las pretensiones de los reclamantes y emitió dos órdenes de hacer para forzar al país a que optara entre pagarle a todos los acreedores (fondos buitres y los que aceptaron la reestructuración) o no pagarle a ninguno y entrar nuevamente en default<sup>34</sup>. Como veremos a continuación, con esta nueva victoria, los fondos buitres lograron disminuir una vez más los límites que la FSIA impone en favor de estados soberanos<sup>35</sup>.

---

<sup>29</sup> Burres, Op. Cit. N° 10, pp. 281. Ver también Neve, Op. Cit. N° 21, pp. 637

<sup>30</sup> Rodrigo Olivares-Caminal, *The pari passu interpretation in the Elliot Case: a brilliant strategy but an awful mid-long term outcome?*, pp. 44/45 (2011).

<sup>31</sup> Gulati – Scott, Op. Cit. N° 8, pp. 2. Ver También Burres, Op. Cit. N° 10, pp. 282.

<sup>32</sup> Mitu Gulati - Robert E. Scott, *The three-and-a-half-minute transaction: boilerplate and the limits of contract design*, Hofstra Law Review, pp. 2 (2011).

<sup>33</sup> Juan J. Cruces - Tim R. Samples, *Settling sovereign debt's "Trial of the century"*, Emory International Law Review, pp. 14 (2016).

<sup>34</sup> Burres, Op. Cit. N° 10, pp. 271.

<sup>35</sup> Karen Halverson Cross, *The extraterritorial reach of Sovereign Debt enforcement*, Fourth Biennial of Global Conference of the Society of International Economic Law (SIEL), Working Paper No. 2014/28, pp. 118 (2015).

## **b. La orden de Discovery para identificar bienes argentinos radicados fuera de los Estados Unidos:**

La FSIA no estableció un procedimiento claro para ejecutar sentencias contra países que se nieguen a cumplirlas espontáneamente. Frente a este vacío, NML solicitó a Griesa que emitiera una orden de discovery<sup>36</sup> (“*post-judgement discovery in aid of execution*”<sup>37</sup>) contra dos bancos para que informen sobre bienes argentinos radicados fuera del país<sup>38</sup>. NML buscaba información sobre (i) cuentas bancarias de Argentina en el mundo; (ii) la forma en que Argentina movía dichos activos y (iii) dónde y cuándo podrían embargarse/ejecutarse<sup>39</sup>. Frente a semejante solicitud, Argentina y los bancos requeridos se presentaron ante Griesa para que lo rechace<sup>40</sup>.

En audiencia oral, NML alegó que tenía derecho a conocer los activos de Argentina fuera de los EE. UU aún cuando dichos bienes no fueran susceptibles de embargo y/o ejecución por parte de una corte estadounidense<sup>41</sup>. Sostuvo

<sup>36</sup> “La característica más distintiva del proceso civil norteamericano es la adquisición de prueba bajo el procedimiento del “Discovery”. La posibilidad de hacer que la contraparte produzca documentos, responda por escrito a preguntas, o presten testimonio bajo juramento es el corazón del proceso judicial civil estadounidense”, para más información ver Samuel Issacharoff, *Civil Procedure*, Foundation Press 4th Ed. pp, 45 (2017).

<sup>37</sup> El “post judgement discovery in aid of execution” es una de las variantes del discovery que no se desarrolla en la etapa “pre-trial”, como sucede con la versión más tradicional, donde las partes acceden a la prueba de una forma temprana y evalúan con mejores herramientas que tan sólido es su caso. El “post judgement discovery” tiene un objeto distinto ya que se enfoca en recolectar prueba sobre la existencia de bienes de parte vencida para que puedan ser ejecutados en cumplimiento de la sentencia de fondo. Para más información, ver Mary K. Kane, *Chapter 9: Provisional and final remedies and special proceedings*, Wright & Miller, *Federal Practice and Procedure*, (2019)

<sup>38</sup> *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 573 U.S. 134, pp. 139 (2014).

<sup>39</sup> *Id.* pp. 137.

<sup>40</sup> *Id.* pp. 137.

<sup>41</sup> Versión taquigráfica de audiencia oral, United States District Court, Southern District of New York, 17/12/2010, WL 122883, Apéndice D, pp. 18 (2013).

que no importaba si la FSIA prohibía la ejecución de activos soberanos ubicados en el exterior porque ese aspecto debía resolverse luego de que la información fuera recolectada. A esa altura del debate, solo debía resolverse si tenía derecho a solicitar ese tipo de información a través de una medida de discovery<sup>42</sup>.

Argentina y los bancos alegaron que el objeto del Discovery era innecesariamente amplio e irrelevante porque, aún cuando los bienes fueran identificados, Griesa no tendría jurisdicción para embargarlos o ejecutarlos dado que estaban radicados fuera de su jurisdicción territorial<sup>43</sup>. Pero el 2 de septiembre de 2011 Griesa hizo lugar al planteo de los reclamantes y sostuvo que la FSIA no limitaba el poder de la corte para obtener información sobre activos soberanos fuera del país<sup>44</sup>. En este sentido, afirmó que el discovery tenía como objetivo obtener información útil que podría ayudar a la actora a ejecutar sus sentencias en el extranjero<sup>45</sup>.

Argentina apeló y alegó que la medida discovery para identificar bienes argentinos fuera de EE.UU excedía los límites establecidos por la FSIA, que solo permitía que las cortes distritales embarguen/ejecuten bienes ubicados dentro del país y que tuvieran fines comerciales<sup>46</sup>. Pero la Cámara de Apelaciones confirmó y negó que se hubiera violado la inmunidad soberana de Argentina porque el discovery no pretendía embargar bienes sino obtener información útil. Además, sostuvo que la medida no fue dirigida contra el país, sino contra instituciones financieras que no eran parte de la

---

<sup>42</sup> Id. pp. 18.

<sup>43</sup> Id. pp. 18.

<sup>44</sup> Resolución, United States District Court, Southern District of New York, 02/09/2011, Apéndice B, WL 122883, pp. 29 (2013).

<sup>45</sup> Id. pp. 62.

<sup>46</sup> Memorial de apelación de la República Argentina, WL 5834017, pp. 3 (2011).

controversia, por lo que no podría hablarse de violación a inmunidad soberana<sup>47</sup>.

Si bien la Cámara de Apelaciones reconoció que Griesa no tenía jurisdicción para embargar bienes argentinos radicados en el exterior, también resaltó que el discovery para identificar bienes embargables era una medida común en las cortes estadounidenses<sup>48</sup>. Y como la FSIA no había incluido una prohibición expresa contra ella, Griesa tenía plena jurisdicción para emitirla aún cuando la misma norma prohibiera el embargo y ejecución de los bienes que pudieran identificarse<sup>49</sup>.

Argentina interpuso un recurso extraordinario ante la Suprema Corte para que resolviera si la FSIA permitía a una corte de primera instancia emitir una orden de discovery al solo efecto de identificar bienes que ni siquiera podrían ser embargados o ejecutados por esa corte<sup>50</sup>. Pero la Suprema Corte apoyó la postura de NML y, sin resolverlo expresamente<sup>51</sup>, afirmó que las cortes tenían jurisdicción para emitir órdenes de discovery contra terceros para identificar bienes radicados fuera de EE.UU, aún cuando dichos bienes no pudieran ser embargados o ejecutados por una corte federal<sup>52</sup>.

Asimismo, desde el aspecto técnico-recursivo, la Suprema Corte remarcó que Argentina no había puesto en discusión si Griesa tenía facultades para emitir un discovery sobre bienes que no podían embargarse ni ejecutarse en territorio

<sup>47</sup> *EM Ltd. v. Republic of Argentina*, 695 F.3d 201, pp. 208 (2012).

<sup>48</sup> *EM Ltd. v. Republic of Argentina*, 695 F.3d 201, pp. 208 (2012).

<sup>49</sup> Id. pp. 298. Ver también Halverson Cross, Op. Cit. N° 37, pp. 127.

<sup>50</sup> Recurso extraordinario ante la Suprema Corte, República Argentina, WL 122882 (2013)

<sup>51</sup> Es común ver que la Suprema Corte estadounidense de por sentada determinada cuestión solo para el caso concreto y sin admitir que aplica para futuros casos en carácter de precedente. Lo llamativo es que lo hace sobre cuestiones que se encuentran estrictamente vinculadas al fondo de la controversia. Para más información, ver Josh Blackman, *How can the Court assume without deciding that a right exists?*, (2011).

<sup>52</sup> *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 573 U.S. 134, pp. 141 (2014).

estadounidense<sup>53</sup>. Para la Corte, Argentina se limitó a plantear si la FSIA reconocía inmunidad de discovery al país<sup>54</sup>. Y en este sentido, concluyó que Griesa podía solicitar información sobre activos argentinos ubicados en el exterior porque la orden no constituía ni un embargo ni ejecución de bienes soberanos radicados fuera del país<sup>55</sup>.

Más allá de las críticas que podrían realizarse contra lo resuelto, vale destacar el voto de la Jueza Ruth B. Ginsburg<sup>56</sup>, que expresó su disconformidad con la mayoría. Sostuvo que el discovery era exorbitante y se preguntó cuál era la norma que permitía a una corte distrital obtener información sobre los bienes de dominio público y privado de un país, que ni siquiera podían ser ejecutados<sup>57</sup>. Afirmó que, para su admisibilidad, el discovery debería enfocarse en la identificación de bienes ejecutables. Por ello, el hecho de que el discovery se enfocara en bienes inembargables/inejecutables demostraba que la información a recolectar no era relevante para ejecutar la sentencia. Es que, aún cuando existieran bienes radicados en el extranjero, la corte interviniente no podría ejecutarlos<sup>58</sup>.

El razonamiento de la Suprema Corte estadounidense fue tan controvertido que el propio Departamento de Estado de los EE.UU se presentó como amigo del tribunal y manifestó preocupación sobre estas ordenes exorbitantes de discovery porque amenazaban la soberanía de países libres, contrade-

---

<sup>53</sup> Id. pp. 139.

<sup>54</sup> Id. pp. 139.

<sup>55</sup> Id. pp. 135-39.

<sup>56</sup> Ruth Joan Bader Ginsburg (1933-2020) fue una reconocida abogada y jueza estadounidense activista por los derechos civiles. Particularmente reconocida por su trabajo en materia de género. Integró la Suprema Corte estadounidense desde 1993 hasta el 2020.

<sup>57</sup> *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 573 U.S. 134, pp. 147 (2014). Ver también Ray W. Campbell, *Personal jurisdiction and national sovereignty*, Washington and Lee Law Review, pp. 110 (2020)

<sup>58</sup> Id. pp. 147.

cían principios internacionales sobre diplomacia y generaba incentivos para que los países destinatarios de estas medidas tomaran represalias contra los Estados Unidos<sup>59</sup>.

En síntesis, tanto Griesa como la Cámara de Apelaciones y la propia Suprema Corte le restaron importancia a la contradicción de permitir que una corte de distrito ordene la producción de información sobre bienes soberanos radicados fuera del país, aún cuando la misma corte careciera de jurisdicción para embargarlos/ejecutarlos<sup>60</sup>. Como señala Simowitz, esta contradicción es un ejemplo que demuestra que las cortes estadounidenses son capaces de restar importancia a garantías básicas como el debido proceso cuando un país decide no acatar una orden jurisdiccional<sup>61</sup>.

A continuación, veremos el mismo patrón sobre una orden de hacer de carácter permanente (*“permanent injunction”*<sup>62</sup>) que Griesa emitió para forzar a Argentina a pagarle a los fondos buitres. Con esta orden, Griesa buscó poner al país en el dilema de elegir entre pagarle a todos los acreedores, inclusive a los fondos buitres, o no pagarle a ninguno y entrar nuevamente en default.

### c. Embargos disfrazados de órdenes de hacer:

En simultáneo al pedido de discovery, NML modificó su demanda para incluir dos nuevas pretensiones. Por un lado, solicitó una sentencia declarativa que estableciera que Argentina había violado la cláusula “*pari passu*” cuando el Congreso argentino sancionó la Ley N° 26.017 y subordinó los créditos de los *holdouts* a los de los acreedores que acep-

<sup>59</sup> *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 573 U.S. 134, pp. 145 (2014).

<sup>60</sup> Martindale, Op. Cit. N° 12, pp. 537.

<sup>61</sup> Simowitz, Op. Cit. N° 24, pp. 3337.

<sup>62</sup> La “*permanent injunction*” es una orden judicial que permanece vigente por tiempo indeterminado. Ver Cabanellas de las Cuevas – Eleanor C. Hoague, *Law Dictionary*, Ed. Heliasta, pp. 521 (2010).



taron la reestructuración de la deuda. Como segunda pretensión, solicitó a Griesa que emitiera una orden de hacer de carácter permanente que impidiera a Argentina continuar pagando los créditos reestructurados hasta que el país no pagara a los holdouts<sup>63</sup>.

El 23 de febrero de 2012 Griesa resolvió que Argentina violó la cláusula "pari passu" porque priorizó el pago a los acreedores reestructurados en detrimento de los que no aceptaron la reestructuración de la deuda. También concedió la orden de hacer permanente para impedir que Argentina pudiera seguir pagando los créditos reestructurados hasta que no le pague a los fondos buitres. Si bien el propio Griesa admitió tener dudas sobre su jurisdicción para emitir una orden de estas características<sup>64</sup>, NML Capital logró persuadirlo.

Argentina apeló y sostuvo que la corte excedió sus facultades jurisdiccionales porque, en los hechos, la orden de hacer equivalía a un desapoderamiento de bienes que estaban fuera del límite territorial de la corte de Griesa, circunstancia expresamente prohibida por el artículo §1609 de la FSIA<sup>65</sup>. Alegó que si bien estaba fuera de discusión la diferencia entre embargos y órdenes de hacer, la orden de hacer afectaba la libre disponibilidad de activos soberanos radicados fuera de EE.UU. Es que, no había diferencia entre indisponer bienes de forma directa (embargo) o hacerlo indirectamente (orden de hacer permanente que obliga a usar esos bienes de determinada forma)<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> Version taquigráfica de audiencia oral, United States District Court, Southern District of New York, 28/09/2011, WL 662133, Apéndice G, pp. 3 (2014).

<sup>64</sup> Resolución, *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, No. 08 Civ. 6978 (TPG), United States District Court, Southern District of New York, 23/02/2012, WL 3225959, Apéndice I, pp. 40 (2012).

<sup>65</sup> Memorial de apelación de la República Argentina, WL 1077763, pp. 1 (2012).

<sup>66</sup> Mark C. Weidemaier – Anna Gelpert, *Injunctions in sovereign debt litigation*, Georgetown Law Scholarship, pp. 6 (borrador 15/11/2013). Ver también Neve, Op. Cit. N° 21, pp. 653.

Para demostrar la arbitrariedad del razonamiento empleado, Argentina citó el caso *S & S Machinery Co v. Masinexportimport*, (1983), donde esa misma Cámara de Apelaciones admitió que la inmunidad que la FSIA reconocía a los países carecería de sentido si las cortes pudieran evadirla con embargos disfrazados de órdenes de hacer<sup>67</sup>. Sin embargo, la cámara confirmó lo resuelto y sostuvo que Griesa no abusó de su discreción porque la orden de hacer tenía un propósito diferente al de un embargo<sup>68</sup>.

Además, sostuvo que *Machinery* no aplicaba al caso porque la orden solo afectaba indirectamente a los activos argentinos radicados fuera de EE.UU.<sup>69</sup>. No obstante, le ordenó a Griesa que explicara cómo haría que su orden fuera oponible contra instituciones financieras que trabajaban con Argentina pero que no formaban parte del litigio<sup>70</sup>. Griesa aclaró que aplicaría el artículo 65 (d) de las Federal Rules of Civil Procedure (en adelante, FRCP<sup>71</sup>), que impedía a terceros ayudar al demandado a eludir el cumplimiento de una orden judicial<sup>72</sup>.

Argentina apeló junto a un grupo de bonistas que aceptaron la reestructuración de la deuda. Alegaron que la orden de hacer violaba las disposiciones de la FSIA porque Griesa no tenía jurisdicción para afectar la libre dispo-

<sup>67</sup> *S & S Machinery Co v. Masinexportimport*, 706 F.2d 411, pp. 418 (1983).

<sup>68</sup> *NML Capital, Ltd., v. Republic of Argentina*, 699 F.3d 246, pp. 263 (2012).

<sup>69</sup> Id. pp. 262-63.

<sup>70</sup> Id. pp. 265.

<sup>71</sup> En 1934 el Congreso sancionó las *Rules Enabling Act* (REA) y permitió que la Suprema Corte y un Comité de expertos, diseñen un código de procedimientos que permitiera resolver los conflictos con menos formalidades. En 1938 el Poder Judicial promulgó las Federal Rules of Civil Procedure (FRCP), marcando un quiebre histórico en varios aspectos del sistema de enjuiciamiento civil estadounidense. Ver Martin Redish – Uma Amarulu, *The Supreme Court, the Rules Enabling Act, and the Politicization of the Federal Rules: Constitutional and Statutory Implications*, Minnesota Law Review, pp. 1303, (2006).

<sup>72</sup> *NML Capital, Ltd., v. Republic of Argentina*, Not Reported in F.Supp.2d, pp. 2 (2012).

nibilidad de activos soberanos radicados en el exterior<sup>73</sup>. Pero la Cámara nuevamente confirmó lo resuelto y sostuvo que Griesa no violó la FSIA porque no embargó ninguna propiedad en el exterior<sup>74</sup>.

Argentina interpuso un recurso extraordinario ante la Suprema Corte para que resolviera si la FSIA reconocía jurisdicción a las cortes de distrito para obligar a un país a usar sus bienes en el exterior de determinada forma; bienes que, vale recordar, eran absolutamente inmunes de jurisdicción y ejecución bajo la FSIA<sup>75</sup>. En apoyo a Argentina, México, Colombia, Paraguay, Francia, inclusive el Departamento de Estado de EE.UU solicitaron a la Suprema Corte que concediera el recurso y tratara el límite a la jurisdicción de Griesa<sup>76</sup>. Pero la Corte ni siquiera habilitó la instancia extraordinaria<sup>77</sup>.

Según Stiglitz y Guzmán, con la orden de hacer de Griesa, *NML* se convirtió en el primer caso en que una corte estadounidense impidió a un país pagar su deuda a más del 92% de acreedores a pesar de que tenía el dinero y la intención de hacerlo<sup>78</sup>. Es que, más allá de las distinciones entre "embargos" y "ordenes de hacer", un juez de una corte doméstica de EE.UU resolvió la forma en que Argentina debía utilizar sus activos financieros radicados fuera del territorio estadounidense<sup>79</sup>.

Si bien es cierto que varios precedentes admitieron que las cortes de distrito tienen jurisdicción para juzgar a países involucrados en actividades comerciales que afecten intere-

---

<sup>73</sup> Memorial de apelación de la República Argentina, WL 6777133, pp. 1 (2012).

<sup>74</sup> *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, 727 F.3d 230, pp. 241 (2013).

<sup>75</sup> Escrito de recurso extraordinario ante la Suprema Corte, WL 662133, pp. 1 (2014).

<sup>76</sup> Neve, Op. Cit. N° 21, pp. 659.

<sup>77</sup> *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 573 U.S. 927 (2014).

<sup>78</sup> Joseph E. Stiglitz & Martín Guzmán, *Argentina default? Griesafault is much more accurate*, The Guardian, 07/08/2017.

<sup>79</sup> Weidemaier – Gelpern, Op. Cit. N° 68, pp. 6.

ses estadounidenses<sup>80</sup>, sigue sin estar claro el límite territorial que estas cortes deberían reconocer respecto a su jurisdicción. Por ejemplo, ¿es razonable que una corte doméstica tenga facultades para emitir órdenes que, en la práctica, tienen el mismo efecto que un embargo sobre bienes que son inmunes de ejecución según la FSIA? ¿es lógico asumir que la FSIA permite este tipo de órdenes cuando al mismo tiempo prohíbe a las cortes trabar embargos sobre dichos bienes?

Esta forma “indirecta” de afectar activos soberanos radicados en el exterior es posible a través de lo que Nathan Park define como “*equidad extraterritorial*”, una doctrina acuñada por la Suprema Corte de EE.UU en 1877, cuando resolvió el caso *Pennoyer v. Neff* y sostuvo que, si bien las cortes estatales tenían límites territoriales para ejercer su jurisdicción, los límites desaparecían si la corte se había declarado competente para juzgar a la destinataria de la orden<sup>81</sup>.

A través de este mecanismo, las cortes primero habilitan su jurisdicción territorial para resolver una controversia. Luego, le ordenan a una parte realizar determinada acción con bienes que se encuentran fuera de la jurisdicción territorial de la corte. Según Park, esta estrategia “indirecta” que las cortes estadounidenses utilizan para llegar a bienes radicados fuera de su jurisdicción implica, en la práctica, que tienen suficiente poder como para llegar a cualquier rincón del mundo<sup>82</sup>.

Por ello, Park sostiene que estas órdenes contradicen el principio de territorialidad que gobernó en EE.UU durante

<sup>80</sup> Artículo § 1605(b) de la FSIA. Ver también *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428, pp. 440 (1989). Ver también *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*, 504 U.S. 607, pp. 611 (1992)

<sup>81</sup> *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714, pp. 733 (1877). Ver también S. Nathan Park, *Equity extraterritoriality*, *Duke Journal of Comparative & International Law*, pp. 106 (2017).

<sup>82</sup> Park, *Op. Cit.* N° 83, pp. 106. Ver también Diego Zambrano, *A comity of errors: The rise, fall, and return of international comity in transnational discovery*, *Berkeley Journal of International Law*, pp. 167 (2016). Ver también Weidemaier - Gelpert, *Op. Cit.* N° 68, pp. 1.

siglos<sup>83</sup>. También resalta que no existe una manda legal que establezca criterios objetivos sobre los límites territoriales de la jurisdicción norteamericana porque la Suprema Corte evitó resolverlo<sup>84</sup>. Y para ilustrar su punto, cita al caso *NML* como un ejemplo de cuán exorbitante puede ser el poder de una corte estadounidense<sup>85</sup>, que no es más que una corte doméstica, sin jurisdicción fuera del país.

Neve sugiere que la orden de Griesa que impidió a Argentina utilizar sus activos radicados fuera de EE.UU fue diseñada para eludir la inmunidad de ejecución que consagra la FSIA sobre bienes que no se encuentran en Estados Unidos<sup>86</sup>. Por ello Rosenheck considera que, después de *NML*, la reputación de EE.UU. como centro financiero global se vio seriamente afectada<sup>87</sup>.

Gracias a este embargo disfrazado de orden de hacer, Griesa indirectamente logró afectar activos de Argentina ubicados fuera de los EE. UU<sup>88</sup>. Luego de esta reseña sobre el discovery y la orden de hacer de carácter permanente, en el siguiente apartado veremos que ambas órdenes de Griesa, avaladas por tribunales superiores, pusieron en seria tensión el derecho de Argentina de ser juzgada bajo las garantías del debido proceso.

### **III. Exceso de jurisdicción y debido proceso**

¿Acaso las naciones soberanas están protegidas bajo la cláusula de Debido Proceso prevista en la Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense? ¿Cuál sería la consecuencia si una corte se excediera en el ejercicio de las facultades

---

<sup>83</sup> Park, Op. Cit. N° 83, pp. 151.

<sup>84</sup> Park, Op. Cit. N° 83, pp. 104.

<sup>85</sup> Park, Op. Cit. N° 83, pp. 182.

<sup>86</sup> Neve, Op. Cit. N° 21, pp. 638,

<sup>87</sup> Rosenheck, Op. Cit. N° 15.

<sup>88</sup> Weidemaier -Gelpert, Op. Cit. N° 68, pp. 6.

jurisdiccionales legalmente establecidas? ¿El debido proceso en los EE.UU se limita a regular la forma en que las cortes habilitan su jurisdicción contra una persona determinada? ¿O implica una protección más amplia contra el abuso de poder por parte del Poder Judicial?

La FSIA estableció que las cortes distritales solo tienen jurisdicción para embargar y/o ejecutar bienes soberanos que se encuentren en territorio estadounidense y tengan fines comerciales. Al legislar de esta forma, el Congreso estadounidense no reconoció jurisdicción a las cortes de EE.UU para que puedan afectar la libre disponibilidad de bienes soberanos radicados fuera del país.

Sin embargo, para justificar la concesión de la medida de discovery y la orden de hacer, Griesa interpretó los límites de la FSIA partiendo de premisas inversas. Frente a este razonamiento contradictorio, y en su afán de forzar a la Argentina a cumplir con sus sentencias definitivas, Griesa emitió decisiones jurisdiccionales por fuera de los límites impuestos por la FSIA. Y al hacerlo, lesionó el derecho de Argentina a ser juzgada bajo la garantía de debido proceso que consagra la Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense. Sin embargo, como veremos a continuación, en Estados Unidos aún no está claro que los países se encuentren protegidos bajo las garantías constitucionales porque el Congreso Nacional y la Suprema Corte omitieron expedirse sobre el asunto.

#### **a. El Congreso de EE.UU no concedió efectos extraterritoriales a la FSIA:**

Shapiro define a la “discreción judicial” como cualquier escenario donde el responsable de la toma de decisiones puede optar entre distintos resultados posibles dentro del derecho aplicable<sup>89</sup>. Desde una perspectiva positiva, la dis-

<sup>89</sup> David L. Shapiro, *Jurisdiction and discretion*, New York University Law Review, pp. 546 (1985).

creción ayuda a llenar vacíos, corregir errores y resolver conflictos. Pero también puede conducir a decisiones injustas<sup>90</sup>, por ejemplo, cuando una corte utiliza sus poderes más allá de los límites territoriales establecidos por una ley federal.

Desde que se firmó el Tratado de Westfalia en 1648, la territorialidad se convirtió en el principio rector a nivel global y todas las naciones fueron consideradas iguales<sup>91</sup>. En este sentido, la legislación estadounidense sobre territorialidad tuvo su origen bajo las influencias de los criterios de la Europa continental, que desarrollaron el concepto de “elección de la ley” (“*choice of law*”)<sup>92</sup>.

Esta doctrina se basó en dos principios fundamentales: soberanía territorial y cortesía internacional<sup>93</sup>. El principio de soberanía territorial estableció que la ley de todo Estado solo aplica dentro de sus límites territoriales<sup>94</sup>. Pero dejó sin resolver qué ley debería aplicarse en aquellos casos que involucren conductas o personas ubicadas fuera del territorio donde se encuentra radicada la corte interviniente<sup>95</sup>. La incertidumbre fue resuelta por Ulrich Huber, que desarrolló el principio de “cortesía internacional” basado en que los Estados reconocieran y aplicaran derechos nacidos en otros Estados<sup>96</sup>.

Este principio fue adoptado por la ley estadounidense<sup>97</sup>. Por ello, las cortes distritales históricamente presumieron

---

<sup>90</sup> Imogen Jones, *Still just rhetoric? Judicial discretion and Due Process*, Liverpool Law Review, pp. 255 (2011).

<sup>91</sup> Kal Raustiala, *Does the Constitution follow the flag? Territoriality and extraterritoriality in American Law*, UCLA School of Law Research Paper N° 08-34, pp. 7 (2009).

<sup>92</sup> Gary B. Born – Peter B. Rutledge, *International Civil Litigation in United States Courts*, Aspen Casebook Series, Sixth Edition, pp. 630 (2018).

<sup>93</sup> Id. pp. 631.

<sup>94</sup> Id. pp. 631.

<sup>95</sup> Id. pp. 631.

<sup>96</sup> Id. pp. 631.

<sup>97</sup> Id. pp. 632.

que, al sancionar una ley, el Congreso no pretendía otorgarle alcance extraterritorial<sup>98</sup>. De hecho, hace más de doscientos años, en *Rose v. Himely* (1808), la Suprema Corte sostuvo que la legislación de cada país debía aplicar dentro de un límite territorial, por lo que resultaba dificultoso concebir un poder para forzar el cumplimiento de leyes más allá de territorio en el que hubieran sido sancionadas<sup>99</sup>. Con la misma lógica, en *N.Y. Cent. R.R. Co. v. Chisholm* (1925), la Suprema Corte resolvió que las cortes distritales no debían asumir que una ley tuviera efectos extraterritoriales, a menos que la norma expresamente lo dispusiera<sup>100</sup>. El mismo enfoque se aplicó en *Blackmer v. Estados Unidos* (1932)<sup>101</sup>.

Born explica que la histórica presunción contra la extraterritorialidad de normas estadounidenses perdió fuerza durante el siglo XX, cuando las cortes comenzaron a aplicar enfoques alternativos para determinar el alcance de la legislación federal<sup>102</sup>. En este sentido, en *Lauritzen v. Larsen* (1953), la Suprema Corte sostuvo que el derecho internacional contemporáneo requería que las cortes distritales consideraran otros factores, más allá de los límites territoriales<sup>103</sup>.

No obstante, este alejamiento sobre la presunción de territorialidad no duró demasiado. En *República Argentina v. Amerada Hess Shipping Corp.* (1989), la Suprema Corte sostuvo que el Congreso conocía perfectamente los límites

<sup>98</sup> Id. pp. 633.

<sup>99</sup> *Rose v. Himely*, 8 U.S. 241, pp. 279 (1807); Ver también *United States v. Palmer*, 16 U.S. 64, pp. 118 (1804).

<sup>100</sup> *New York Cent. R. Co. v. Chisholm*, 45 S.Ct. 402, pp. 402 (1925) (citando *United States v. Bowman*, 260 U.S. 94, 98 (1922)).  
*Blackmer v. United States*, 268 U.S. 29, pp.31 (1925)..

<sup>101</sup> *Blackmer v. United States*, 284 U.S. 421, 437 (1932) (quoting *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347, 357 (1909)

<sup>102</sup> Born – Rutledge, Op. Cit. N° 94, pp. 633.

<sup>103</sup> *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571, pp. 582 (1953).



territoriales de una ley<sup>104</sup>. Por ello, a menos que se expresara en sentido contrario, la legislación estadounidense estaba destinada a aplicarse dentro de los límites del país<sup>105</sup>.

Dos años después, en *Equal Employment Opportunity v. Arabian Am. Oil Co.* (1991), la Corte reafirmó la presunción de territorialidad de la ley estadounidense al sostener que las garantías consagradas en la Ley de Derechos Civiles de 1964 no aplicaban a disputas fuera del país<sup>106</sup>. Además, señaló que no alcanzaba con que el texto de una norma permitiera inferir que el Congreso tuvo intención de otorgarle efectos extraterritoriales<sup>107</sup>. Sostuvo que el Poder Judicial no debería adivinar lo que el Congreso pudo haber intentado al sancionar la FSIA, si no lo que legisló<sup>108</sup>.

Si seguimos la lógica planteada por los precedentes señalados, veremos que la FSIA no contiene una disposición expresa que reconozca jurisdicción a las cortes distritales para afectar la libre disponibilidad de activos soberanos ubicados fuera del país<sup>109</sup>. El artículo §1603 (c) define a los Estados Unidos como la extensión territorial de la nación, incluidas sus aguas continentales e insulares<sup>110</sup>. Y el artículo §1610 establece que, en un litigio contra un Estado soberano, no estarán protegidos con inmunidad absoluta de embargo y

---

<sup>104</sup> *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428, pp. 440 (1989).

<sup>105</sup> *Id.* pp. 440.

<sup>106</sup> *Equal Employment Opportunity Comm'n v. Arabian Am. Oil Co.*, 499 U.S. 244, pp. 248 (1991).

<sup>107</sup> *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764, pp. 814 (1993) (citando *E.E.O.C. v. Arabian Oil Co.*, 499 U.S. 244, pp. 251 (1991)).

<sup>108</sup> *Republic of Argentina v. Weltover*, 504 U.S. 607, pp. 618 (1992).

Ver también Jordan Reth, *Just Your Run-of-the-Mill Sovereign Debt Crisis: An Analysis of Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, Maryland Journal of International Law, pp. 158 (2015). Ver también Halverson Cross, Op. Cit. N° 37, pp. 115.

<sup>109</sup> Andrew Rocklage, *International law – Neglected consequences of the Terrorism Exception to the Foreign Sovereign Immunities Act – Leibovitch v. Islamic Republic of Iran*, Suffolk Transnational Law Review, pp. 484 (2013).

<sup>110</sup> Artículo §1603 (c): El territorio de los Estados Unidos incluye todo el territorio delimitado incluyendo aguas continentales e insulares sujetas a la jurisdicción estadounidense..

ejecución aquellos bienes soberanos (i) radicados en territorio estadounidense, (ii) que tengan fines comerciales relacionados con la cuestión de fondo a resolver<sup>111</sup>.

Como vemos, la FSIA no confiere una jurisdicción amplia a las cortes estadounidenses<sup>112</sup>, como sí hacen los llamados “*long arm statutes*” (leyes que reconocen un importante abanico de situaciones en las que una corte podría habilitar su jurisdicción contra un demandado<sup>113</sup>). Sin embargo, como vimos, las cortes que intervinieron en *NML* aplicaron la lógica inversa: sostuvieron que, como la FSIA no prohibió a las cortes ordenar medidas de prueba para identificar activos ubicados en el extranjero ni emitir órdenes de hacer que afecten a dichos bienes, entonces permitía ambas medidas<sup>114</sup>.

Este razonamiento no solo se contradice con los precedentes citados, sino que tampoco puede sostenerse ni desde una interpretación “tuitiva” de la FSIA, como tampoco desde una “textualista”. La interpretación tuitiva de una norma parte de la premisa que el Congreso emite legislación con fines concretos y específicos. Así, cuando el texto de la norma es ambiguo, un análisis tuitivo permite identificar aquel propósito que a primera vista no está del todo claro<sup>115</sup>.

En cambio, un análisis textualista asume que la judicatura tiene el deber constitucional de hacer cumplir el texto de la norma y no lo que surge de su “espíritu” porque no se encuentra expresamente establecido. En otras palabras, el textualismo se pregunta cómo una persona razonable inter-

<sup>111</sup> Sadie Blanchard, *Courts as information intermediaries: a case study of sovereign debt disputes*, Brigham Young University Law Review, pp. 505 (2019).

<sup>112</sup> Burren, Op. Cit. N° 10, pp. 284. Ver también Stewart, Op. Cit. N° 14, pp. 82.

<sup>113</sup> Issacharoff, Op. Cit. N° 38, pp. 104.

<sup>114</sup> *EM Ltd. v. Republic of Argentina*, 695 F.3d 201, pp. 208 (2012). Ver también *NML Capital, Ltd., v. Republic of Argentina*, 699 F.3d 246, pp. 263 (2012). Ver también *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, 727 F.3d 230, pp. 241 (2013).

<sup>115</sup> John F. Manning, *What divides textualists from purposivists?* Columbia Law Review, pp. 70 (2006).

pretaría un texto de manera objetiva, en vez de buscar un propósito parlamentario complejo e intrincado<sup>116</sup>.

No obstante, más allá de que ambas metodologías de interpretación parten de bases distintas, al mismo tiempo comparten una misión: arribar a una conclusión razonable. Precisamente lo que faltó en *NML*. Como sugiere Burres, la interpretación tuitiva de la FSIA no permite concluir que el Congreso facultó a las cortes para emitir órdenes que afecten bienes soberanos radicados fuera de los EE.UU.<sup>117</sup>. Y a la misma conclusión se llega desde una perspectiva textualista, ya que la FSIA no contiene artículo alguno que reconozca su aplicación extraterritorial, sino todo lo contrario: el artículo §1603 (c) deja claro que aplica sólo en territorio estadounidense<sup>118</sup>.

Ahora bien, si los argumentos empleados por Griesa para conceder el discovery y la orden de hacer se contradicen tanto con el texto, como con el espíritu de la FSIA, ¿hablamos de simples errores? ¿O de decisiones intencionadas para mostrarle al mundo qué le sucede a un país que incumple una orden judicial de una corte estadounidense?

## **b. Debido proceso, exceso de jurisdicción y razonabilidad:**

La Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense dispone que ninguna persona será privada de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal. El poder judicial no está exento de esta prohibición<sup>119</sup>. En *County of*

---

<sup>116</sup> Id. pp. 70.

<sup>117</sup> Burres, Op. Cit. N° 10, pp. 300.

<sup>118</sup> Artículo §1603 (c) FSIA : El territorio de los Estados Unidos incluye todo el territorio delimitado incluyendo aguas continentales e insulares sujetas a la jurisdicción estadounidense..

<sup>119</sup> Thomas E. Sullivan - Toni M. Massaro, *Arc of due process in American Constitutional law*, Oxford University, pp. 82 (2013) (citando *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.*, 59 U.S. 272, pp. 276 (1856)).

*Sacramento v. Lewis* (1998), la Suprema Corte sostuvo que el fin central del debido proceso es proteger a las personas del ejercicio arbitrario del poder por parte del gobierno<sup>120</sup>.

Issacharoff explica que el término “procedimiento” involucra dos cuerpos legales separados. Uno relacionado con el mandato constitucional del debido proceso, donde la Quinta y Decimocuarta Enmienda impiden a todo actor gubernamental realizar acciones que atenten contra la vida, la libertad o la propiedad de las personas. El otro cuerpo legal está relacionado con los comandos internos de las cortes estadounidenses, establecidos por las FRCP, que busca regular las etapas del proceso judicial<sup>121</sup>. Por lo tanto, “debido proceso” significa (i) regularidad en el trato entre conflictos similares; (ii) protección frente a arbitrariedades y (iii) obligación por parte de todos los poderes de explicar de forma razonada como toman las decisiones que toman en el ejercicio de su poder<sup>122</sup>.

A su vez, Redish y Marshall hablan de la “racionalidad procesal” y destacan su importancia en todo sistema legal. Afirman que toda persona sujeta a una orden jurisdiccional debe comprender las razones por las que se tomó tal decisión. E incluso, si la decisión se basó en estatutos o precedentes, la parte interesada debe recibir una explicación razonable sobre cómo la autoridad estatal llegó a esa conclusión<sup>123</sup>. Chemerinsky sostiene que existe una denegación del debido proceso cuando se produce una privación de la vida, la libertad o la propiedad sin un procedimiento previo adecuado<sup>124</sup>.

<sup>120</sup> *County of Sacramento v. Lewis*, 523 U.S. 833, pp. 845-46 (1998).

<sup>121</sup> Issacharoff, Op. Cit. N° 38, pp. 1

<sup>122</sup> Id. pp. 1.

<sup>123</sup> Martin H. Redish, Lawrence C. Marshall, *Adjudicatory Independence and the Values of Procedural Due Process*, Yale Law Journal, pp. 485 (1986).

<sup>124</sup> Erwin Chemerinsky, “*Procedural Due Process Claims*”, *Touro Law Review*, pp. 871 (2016).

En el mismo sentido, el Black's Law Dictionary (diccionario jurídico tradicional estadounidense<sup>125</sup>) sostiene que una corte excede sus facultades jurisdiccionales si emite una orden sin tener el poder para hacerlo. Si eso sucede, la decisión de la corte puede ser apelada por ser "arbitraria" o "caprichosa".

Si aplicamos estas definiciones de debido proceso al caso *NML*, deberíamos concluir que, según la FSIA, en casos contra Estados soberanos las cortes carecen de jurisdicción para ordenar medidas de discovery sobre activos que no pueden embargar ni ejecutar. Con la misma lógica, si la FSIA no faculta a las cortes a embargar/ejecutar bienes soberanos en el extranjero, entonces el debido proceso en favor de los países demandados también significa que las cortes no tienen derecho a emitir órdenes que, en los hechos, afectan la libre disponibilidad de bienes soberanos ubicados fuera del país.

Esto es exactamente lo contrario de lo que concluyeron las cortes de *NML*. En lugar de admitir que carecían de jurisdicción tanto para identificar bienes inembargables como para intentar llegar a ellos indirectamente, se basaron en premisas irrazonables para forzar a un país a cumplir con juicios monetarios en favor de una ínfima minoría de acreedores, que compró deuda defaulteada solo para litigar agresivamente por su recupero de deuda.

Al emplear estas controvertidas estrategias, las cortes de *NML* lesionaron el derecho constitucional de Argentina a ser juzgada en el marco de un debido proceso. Sin embargo, el problema no termina aquí. Como veremos, en Estados Unidos aún no está del todo claro si los países demandados se encuentran amparados bajo la Constitución estadounidense.

---

<sup>125</sup> El Black's Law Dictionary es el diccionario jurídico más importante de Estados Unidos. Publicado por primera vez en 1891, escrito por Henry Campbell Black, que fundó la National Association for Constitutional Government en 1914 y fue editor de la revista *The Constitutional Review*. Para más información, ver Leslie L. Taylor, *The evolution of Black's Law Dictionary*, Canadian Law Library (2011).

### c. La cláusula de debido proceso de la Quinta Enmienda y su aplicación en favor de países demandados ante cortes distritales:

La forma en la que las naciones del mundo se vinculan con la Constitución Estadounidense es uno de los aspectos más complejos en materia de litigios bajo la FSIA. Por más raro que pueda sonar (al menos desde el derecho continental europeo<sup>126</sup>), que en EE.UU una corte tenga jurisdicción para juzgar a un extranjero no implica que esa persona esté protegida bajo la cláusula de debido proceso de la Quinta Enmienda<sup>127</sup>.

Como señala Bursey, en más de una oportunidad la Suprema Corte evitó resolver esta cuestión<sup>128</sup>. En *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.* (1992), el país puso en discusión que la corte distrital tuviera jurisdicción bajo la Quinta Enmienda. Y si bien la Suprema Corte admitió que los países podían ser considerados “personas” a los efectos de la cláusula de debido proceso consagrada en la Quinta Enmienda, al mismo tiempo resaltó que solo era una suposición, no una decisión jurisdiccional<sup>129</sup>.

Esta falta de un criterio inequívoco repercutió en instancias de apelación. Por ejemplo, en *Price v. Socialist People’s Libyan Arab Jamabiriya* (2002), la Cámara de Apelaciones de Washington D.C. afirmó que, en lo que respecta a la Quin-

<sup>126</sup> Roberto O. Berizonce, “Rol del Juez y función social del proceso”, Librería Editorial Platense, La Plata (2008). Ver también Francisco Javier Ferrer Arroyo, “el Debido Proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, ISSN 0328-5642, Año 14, No. 1 (2015).

<sup>127</sup> Mauro Megliani, *Sovereign Debt: genesis, restructuring, litigation*, Springer International Publishing Switzerland, pp. 400 (2015). Ver también Ingrid Wuerth, *The Due Process and other constitutional rights of Foreign Nations*, Fordham Law Review, pp. 634 (2019).

<sup>128</sup> Bursey, Op. Cit. N° 2, pp. 233.

<sup>129</sup> *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*, 504 U.S. 607, pp. 619 (1992). Ver también Bursey, Op. Cit. N° 2, pp. 232.

ta Enmienda, la cláusula de debido proceso no podía incluir a los Estados confederados del país porque eran "iguales" al Estado Nacional de EE.UU<sup>130</sup>. Por ello, concluyó que no sería razonable asegurar a los países garantías que no eran reconocidas a Estados confederados del país<sup>131</sup>.

También afirmó que las naciones soberanas no tenían un derecho inherente de acceder a las cortes estadounidenses porque esa prerrogativa solo se reconocía a los países que estuvieran "en paz" con EE.UU<sup>132</sup>. Y si un Estado se sintiera agraviado en sus derechos, debería recurrir a los mecanismos internacionales para reivindicarlos<sup>133</sup>. El Segundo Circuito llegó a la misma conclusión en *Frontera Resources Azerbaijan Corp. c. State Oil Co. de la República de Azerbaiyán* (2009), donde sostuvo que los países no podían ser considerados "personas" para beneficiarse de la cláusula del debido proceso<sup>134</sup>.

Siguiendo este enfoque, Megliani afirma que no está claro si las garantías del debido proceso se aplican a las naciones soberanas porque la FSIA no dice nada sobre este tema<sup>135</sup>. Por su parte, Fox y Webb sostienen que la FSIA no reguló si los países estaban protegidos por la Quinta y Decimocuarta Enmienda<sup>136</sup>. Blackman y Mukhi afirman que esta incertidumbre explica por qué los fondos buitres tienen sufi-

<sup>130</sup> *Price v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 294 F.3d 82, pp. 96 (D.C. Cir. 2002) (citando Fidler Damrosch, *Foreign states and the constitution*, pp. 519 (1998)). Ver también Bursey, Op. Cit. N° 2, pp. 233. Ver también Simowitz, Op. Cit. N° 3, pp. 371.

<sup>131</sup> *Price v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 294 F.3d 82, pp. 96 (D.C. Cir. 2002) (citando *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301, pp. 323 (1966)). Ver también Bursey, Op. Cit. N° 2, pp. 233.

<sup>132</sup> *Price* pp. 98.

<sup>133</sup> *Id.* pp. 98.

<sup>134</sup> *Frontera Resources Azerbaijan Corp. v. State Oil Co. of Azerbaijan Republic*, 582, F.3d 393, pp. 399 (2d Cir. 2009). Ver también Wuerth, Op. Cit. N° 131, pp. 636.

<sup>135</sup> Megliani, Op. Cit. N° 131, pp. 400.

<sup>136</sup> Fox, Hazel, Op. Cit. N° 2, pp. 242.

cientes incentivos para demandar a países con conflictos de deuda soberana ante cortes estadounidenses<sup>137</sup>.

Wuerth sostiene que, antes de *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.* (1992), las cortes, los litigantes, el Congreso, inclusive el gobierno de EE.UU, asumían que las garantías del debido proceso se aplicaban a los países<sup>138</sup>. Además, afirma que la Quinta Enmienda históricamente mostró que los estados extranjeros eran entendidos como “personas” y protegidos por el debido proceso<sup>139</sup>.

Según Simowitz, la Suprema Corte todavía no explicó claramente la relación entre normas procesales y garantías constitucionales<sup>140</sup>. Sostiene que no está claro cómo juegan las garantías de la Quinta Enmienda en relación a las cortes estadounidenses y el resto de los países. Como respuesta, con cita del Juez Williams, afirma que los países demandados ante cortes estadounidenses están protegidos por la Quinta Enmienda desde el instante en que una corte asume jurisdicción sobre ellos<sup>141</sup>.

Más allá de las posturas citadas, a esta altura del análisis vale preguntarse si la FSIA realmente requiere una previsión que expresamente reconozca la garantía de debido proceso en favor de los países demandados. ¿No va de suyo que en cualquier país democrático toda persona será juzgada dentro de los límites que reconoce la legislación y la Constitución? Afortunadamente, existe una interpretación alternativa basada en dos precedentes de la Suprema Corte que confirma

<sup>137</sup> Jonathan I. Blackman, Rahul Mukhi, *The evolution of modern sovereign debt litigation: vultures, alter egos, and other legal fauna*, Law and Contemporary Problems, Duke Law, pp. 51 (2010).

<sup>138</sup> Wuerth, Op. Cit. N° 131, pp. 644.

<sup>139</sup> Wuerth, Op. Cit. N° 131, pp. 637.

<sup>140</sup> Simowitz, Op. Cit. N° 3, pp. 341.

<sup>141</sup> Simowitz, Op. Cit. N° 3, pp. 352. (citando *Gss Group Ltd v. National Port Authority*, 680 F.3d 805, pp. 819 (D.C. Cir. 2012)).



que los países deben ser considerados “personas” a los efectos de la cláusula de debido proceso de la Quinta Enmienda.

El primero es *Republic of Argentina v. Weltover* (1992), donde la Suprema Corte analizó si Argentina podía ser juzgada ante cortes distritales a raíz de la actividad comercial que había desplegado al emitir deuda como si fuera un “privado”<sup>142</sup>. En este caso, la Suprema Corte sostuvo que una vez que la corte distrital habilitaba su jurisdicción contra un país, esa nación debería ser tratada como una empresa privada<sup>143</sup>.

Este criterio podría complementarse con *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.* (2014), donde la Corte sostuvo que, en materia de derechos constitucionales, las empresas con fines de lucro debían ser consideradas “personas” a los efectos de la cláusula de debido proceso<sup>144</sup>. Por lo tanto, si bajo *Weltover* una corte distrital debería tratar al país demandado como si fuera una empresa, entonces conforme *Hobby Lobby*, esa corte debería reconocer que dicha “empresa” se encuentra protegida por las garantías constitucionales de EE.UU, entre ellas, el derecho a un debido proceso.

A modo de resumen, las dos ordenes emitidas por Griesa para forzar a Argentina a cumplir con las sentencias definitivas contradijeron los propósitos y límites de la FSIA y, por ello, constituyeron un exceso jurisdiccional que violó el derecho del país a ser juzgado en el marco de un debido proceso. No hay forma de lograr una justicia sustancial cuando la discrecionalidad se convierte en arbitrariedad.

Desde esta perspectiva, el análisis remarcó que el debido proceso en los EE.UU no se agota en cómo las cortes habilitan su jurisdicción, sino que también incluye el deber del Poder Judicial de resolver controversias basándose en decisiones razonables, aún cuando cuenten con un amplio

---

<sup>142</sup> *Republic of Argentina v. Weltover*, 504 U.S. 607, pp. 609 (1992).

<sup>143</sup> *Id.* pp. 614.

<sup>144</sup> *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. 682, pp. 682 (2014).

margen de discrecionalidad para resolver<sup>145</sup>. No basta con afirmar que el Poder Judicial de EE.UU tiene especial interés en el cumplimiento de sus sentencias<sup>146</sup>. Todos los países democráticos pretenden un Poder Judicial robusto con poder para ejecutar sus decisiones. Pero ese objetivo no puede lograrse a cualquier precio.

Por ello, los países demandados ante cortes estadounidenses podrían profundizar la discusión sobre los límites jurisdiccionales que el Congreso impuso al Poder Judicial cuando sancionó la FSIA. La combinación entre los precedentes *Weltover* y *Hobby Lobby* podría poner a cualquier corte en la incómoda situación de tener que explicar cómo puede ser que una empresa trasnacional cuente con garantías constitucionales más amplias que un Estado soberano.

Veamos ahora la situación de personas físicas o jurídicas extranjeras y su relación con la jurisdicción de cortes norteamericanas desde una perspectiva de debido proceso.

#### IV. Jurisdicción exorbitante contra extranjeros ajenos a la controversia

La forma en que las cortes estadounidenses ejercen su jurisdicción contra extranjeros ajenos a una controversia judicial es otro aspecto importante para tener en cuenta en litigios basados en la FSIA. Como fue descripto, en *NML Griesa* otorgó a los actores (i) una medida de Discovery para identificar bienes argentinos en todo el mundo<sup>147</sup> y (ii) una orden de hacer que obligaba a Argentina a pagar a los holdouts de la misma forma que se estaba pagando a los *holdouts*<sup>148</sup>.

<sup>145</sup> Shapiro, Op. Cit. N° 91, pp. 545.

<sup>146</sup> Neve, Op. Cit. N° 21, pp. 661.

<sup>147</sup> *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 573 U.S. 134, pp. 137 (2014).

<sup>148</sup> Resolución, *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, No. 08 Civ. 6978 (TPG), United States District Court, Southern District of New York, 23/02/2012, WL 3225959, Apéndice I, pp. 40 (2013).

Y para asegurarse que ambas surtieran efecto, extendió su jurisdicción contra instituciones bancarias que, sin ser demandadas, debieron cumplir con lo ordenado bajo apercibimiento de ser consideradas en desacato<sup>149</sup>.

Con esta estrategia, Griesa logró que sus órdenes tuvieran otro peso. Es que, aún cuando Argentina no se ajustara voluntariamente a lo resuelto, los bancos requeridos pensarían dos veces antes de incumplirla las órdenes impartidas para evitarse mayores complicaciones con la justicia federal norteamericana.

Como dijimos, la orden de discovery para identificar bienes argentinos radicados en el exterior no fue dirigida contra Argentina, sino contra el Banco de América y el Banco de la Nación Argentina, que tenía una sucursal en EE.UU.<sup>150</sup>. Si bien ni Argentina ni los bancos discutieron la jurisdicción de Griesa para emitir esta medida<sup>151</sup>, la Cámara de Apelaciones lo analizó de oficio y sostuvo que el país no podía controvertir la jurisdicción de Griesa porque había renunciado a su inmunidad de jurisdicción<sup>152</sup>.

Con relación a los bancos que trabajaban con Argentina, la Cámara citó el caso *First City, Texas-Houston, NA v. Rafidain Bank* (1998) y afirmó que una vez que una corte habilitaba su jurisdicción contra una parte, también estaba habilitada a ejercer su jurisdicción contra terceros que trabajen con ella<sup>153</sup>. Martindale sostiene que por esta razón varios países promulgaron leyes para sancionar a quienes cumplen con órdenes de Discovery estadounidenses<sup>154</sup>. De hecho, afirma que, si todos los países aplicaran los mismos

---

<sup>149</sup> Weidemaier – Gelpert, Op. Cit. N° 68, pp. 2.

<sup>150</sup> *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 573 U.S. 134, pp. 137 (2014).

<sup>151</sup> *EM Ltd. v. Republic of Argentina*, 695 F.3d 201, pp. 209 (2012).

<sup>152</sup> Id. pp. 209.

<sup>153</sup> Id. pp. 209 (citando *First City, Texas-Houston, N.A. v. Rafidain Bank*, 150 F.3d 172, pp. 177 (2d Cir. 1998)).

<sup>154</sup> Martindale, Op. Cit. N° 12, pp. 520. Zambrano, Op. Cit. N° 84, pp. 169.

criterios, la cortesía internacional habría enfrentado a desafíos más difíciles<sup>155</sup>.

Algo parecido ocurre con la orden de hacer de carácter permanente. Como el propio Griesa admitió que no esperaba que Argentina la cumpliera, citó la Regla 65 (d)(2)(c) FRCP y le ordenó que notificara lo ordenado a toda institución financiera involucrada con el procedimiento de pago a los acreedores que aceptaron la reestructuración de la deuda. Para persuadirlas de cumplir con lo ordenado, Griesa les advirtió que podrían recibir sanciones en caso de incumplimiento<sup>156</sup>.

A diferencia de lo que sucedió con el discovery, en esta oportunidad Argentina impugnó la jurisdicción de Griesa para emitir órdenes hacia terceros ajenos a la controversia<sup>157</sup>. Pero la Cámara de Apelaciones confirmó y sostuvo que Griesa no había emitido orden alguna a terceras partes, sino que se había limitado a “advertirles” las consecuencias que podrían enfrentar de no acatar lo resuelto. En este sentido, afirmó que no tenía sentido analizar si Griesa tenía jurisdicción para emitir una orden a terceros porque ni siquiera se había emitido una orden<sup>158</sup>.

Weidemaier y Gelpert sugieren que con este tipo de medidas las cortes distritales buscan garantizar el cumplimiento de sus decisiones. Aún cuando el país se niegue a cumplirlas, las ordenes incluyen a terceras partes que terminan cumpliendo con lo ordenado para evitarse problemas con el poder judicial estadounidense<sup>159</sup>. También consideran que estos atajos influyen negativamente en las instituciones financie-

---

<sup>155</sup> Zambrano, Op. Cit. N° 84, pp. 169.

<sup>156</sup> Weidemaier - Gelpert, Op. Cit. N° 68, pp. 4. Ver también Burres, Op. Cit. N° 10, pp. 293.

<sup>157</sup> *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, 727 F.3d 230, 242 (2013).

<sup>158</sup> Id. pp. 243.

<sup>159</sup> Weidemaier – Gelpert, Op. Cit. N° 160, pp. 3.

ras, que encuentran incentivos para no trabajar con países por los posibles riesgos de recibir órdenes de estas cortes<sup>160</sup>.

En la misma línea, Burres afirma que la orden de Griesa dirigida a los bancos que trabajaban con el país constituye el aspecto más controvertido del caso *NML*. Sostiene que aún cuando la Regla 65 de las FRCP permita a las cortes emitir órdenes contra terceras personas que no son parte de la controversia, no está claro si la misma lógica puede aplicarse contra compañías extranjeras que no están instaladas en EE.UU sino que tienen alguna sucursal<sup>161</sup>.

Si aplicamos los mismos argumentos sobre debido proceso en favor de Estados soberanos, los extranjeros ajenos a la controversia que reciben órdenes de cortes estadounidenses también deberían estar protegidos bajo la Quinta Enmienda. Y por ello las cortes deberían justificar de dónde surge el poder que les permite emitir órdenes contra instituciones extranjeras que no forman parte del litigio.

Casualmente, pocos meses después de *NML*, la Suprema Corte resolvió un caso donde se discutía la jurisdicción de una corte para juzgar a una compañía extranjera que tenía vínculos comerciales con una norteamericana. Como veremos, la Corte cambió por completo el paradigma en materia de jurisdicción contra extranjeros. Y poco tiempo después, las cámaras de apelaciones de los Estados de Nueva York e Illinois se hicieron eco de este nuevo criterio al extenderlo en favor de extranjeros ajenos a la controversia que recibían órdenes sin una expresa habilitación de su jurisdicción. Con este nuevo paradigma en materia de jurisdicción, ya no tendrán cabida las estrategias empleadas por Griesa para forzar a naciones soberanas a cumplir con sus sentencias definitivas.

---

<sup>160</sup> Weidemaier – Gelpert, Op. Cit. N° 160, pp. 8. Ver también Neve, Op. Cit. N° 21, pp. 672.

<sup>161</sup> Burres, Op. Cit. N° 10, pp. 292.

### a. *Daimler* como límite a la jurisdicción exorbitante contra extranjeros

En *Daimler AG v. Bauman* (2014), la Suprema Corte redujo considerablemente el criterio con el que las cortes distritales podrían habilitar su jurisdicción contra empresas extranjeras<sup>162</sup>. El caso giró en torno a la cláusula de debido proceso y la posibilidad de que las cortes se declaren competentes para (i) juzgar a una empresa alemana radicada en Alemania; (ii) por crímenes de lesa humanidad cometidos en Argentina durante la última dictadura cívico-militar; (iii) a raíz de reclamos realizados por personas no estaban radicadas en EE.UU.<sup>163</sup>.

Un grupo de argentinos/as demandaron a la empresa Mercedes Benz por su activa participación en la última dictadura cívico-militar argentina al aportar infraestructura y cooperar con el secuestro, detención, tortura y homicidio de los familiares de las y los demandantes. El reclamo fue interpuesto ante las cortes distritales de California y sostuvo que la empresa alemana podía ser juzgada en ese Estado porque contaba con una distribuidora exclusiva con asiento permanente allí<sup>164</sup>. En este sentido, afirmaron que Daimler podía ser demandada por cualquier conflicto ante las cortes de California, más allá de que los hechos a juzgar hubieran sucedido en ese Estado o no<sup>165</sup>.

La empresa alemana sostuvo que MBUSA (la distribuidora estadounidense) era una contratista independiente que no representaba sus intereses en EE.UU. Por ello, afirmó que la corte de California no era competente para juzgarla por

<sup>162</sup> Reth, Op. Cit. N° 110, pp. 794. Simowitz, Op. Cit. N° 3, pp. 327.

<sup>163</sup> *Daimler AG v. Bauman*, 134 S.Ct. 746, pp. 751 (2014).

<sup>164</sup> Id. pp. 752.

<sup>165</sup> Id. pp. 751.

el simple hecho de que Daimler contara con una empresa subsidiaria radicada en California<sup>166</sup>.

La corte hizo lugar a la defensa de Daimler y desestimó el caso por falta de jurisdicción<sup>167</sup>. Las familias argentinas apelaron y la Cámara revocó lo resuelto. Sostuvo que era razonable permitir que Daimler fuera juzgada en las cortes de California porque la relación que tenía con MBUSA era evidente<sup>168</sup>. Daimler recurrió ante la Suprema Corte para que resolviera si, bajo la cláusula de debido proceso, era razonable que una empresa extranjera fuera sometida a juicio por hechos que no habían ocurrido en los EE.UU, cuyas víctimas tampoco eran estadounidenses<sup>169</sup>.

La Suprema Corte revocó la decisión de la Cámara. Con cita de *Goodyear Dunlop Tyres Operations, S.A. v. Brown* (2011), afirmó que ni Daimler ni MBUSA tenían suficientes vinculaciones con California para afirmar que estaban radicadas allí<sup>170</sup>. Sostuvo que si las actividades de Daimler en California fueran suficientes para que una corte distrital habilitara su jurisdicción para juzgarla por hechos que ocurrieron en el extranjero, entonces la empresa alemana podría ser demandada en cualquiera de los Estados de EE.UU<sup>171</sup>.

Desde esta perspectiva, la Suprema Corte sostuvo que reconocer a las cortes distritales un poder jurisdiccional tan amplio contra empresas extranjeras afectaría las relaciones diplomáticas del país porque muchas otras naciones aplican un criterio más restrictivo. Por ello, concluyó que la corte de California no tenía jurisdicción para juzgar a Daimler

---

<sup>166</sup> Id. pp. 748.

<sup>167</sup> Id. pp. 752.

<sup>168</sup> Id. pp. 753.

<sup>169</sup> Id. pp. 753.

<sup>170</sup> Id. pp. 761.

<sup>171</sup> Id. pp. 761.

ya que, de reconocérsela, se estarían violando principios del debido proceso<sup>172</sup>.

Freer sostiene que *Daimler* cambió sustancialmente la forma en que las cortes estadounidenses podrán habilitar su jurisdicción contra extranjeros<sup>173</sup>. Bookman afirma que, después de *Daimler*, las cortes distritales ya no tendrán tantos elementos para habilitar su “jurisdicción general” contra extranjeros. Solo podrán hacerlo cuando tengan “jurisdicción personal”, es decir, cuando una norma expresamente lo permita frente a hechos puntuales, como sucede con la FSIA<sup>174</sup>.

Por su parte, Reth sostiene que con *Daimler* la Suprema Corte estableció un nuevo paradigma sobre la jurisdicción de los tribunales estadounidenses<sup>175</sup>. En la misma línea, Silberman afirma que *Daimler* alineó el enfoque estadounidense con el criterio aplicado en la mayoría de los demás países<sup>176</sup>, donde las cortes domésticas no ejercen una jurisdicción tan exorbitante como la que ejercían las cortes de EE.UU<sup>177</sup>.

A esta altura del análisis vale preguntarnos qué efectos puede tener *Daimler* en materia de litigio por deuda soberana si no generó cambio alguno sobre la forma en que las cortes ejercen su jurisdicción contra naciones soberanas. Sin embargo, como veremos a continuación, luego de *Daimler* los mismos criterios sobre jurisdicción y debido proceso se extendieron en favor de los extranjeros ajenos a la controver-

---

<sup>172</sup> Id. pp. 763.

<sup>173</sup> Richard D. Freer, Symposium – *Justice Black was right about International Shoe, but for the wrong reason*, University of the Pacific Law Review, pp. 600 (2019).

<sup>174</sup> Pamela K. Bookman, *Litigation Isolationism*, Stanford Law Review, pp. 1140 (2015). Ver también Reth, Op. Cit. N° 166, pp. 796. Ver también Zambrano, Op. Cit. N° 84, pp. 182.

<sup>175</sup> Reth, Op. Cit. N° 166, pp. 794.

<sup>176</sup> Linda J. Silberman - Aaron D. Simowitz, *Recognition and enforcement of foreign judgments and awards: what hath Daimler wrought?* New York University Law Review, pp. 393 (2016).

<sup>177</sup> Kevin M. Clermont – John R. B. Palmer, *Exorbitant Jurisdiction*, Maine Law Review, pp. 474 (2006).



sia. Este cambio sí impactará en litigios basados en la FSIA porque las cortes distritales perderán una herramienta clave para forzar a estados soberanos a cumplir con sus sentencias, tal como hizo Griesa con Argentina.

### **b. *Gucci y Leibovitch* como límites a la jurisdicción contra extranjeros ajenos a la controversia**

Poco tiempo después que la Suprema Corte resolviera *Daimler*, las Cámaras de Apelaciones del Estado de Nueva York e Illinois disminuyeron sustancialmente la forma en que las cortes ejercían su jurisdicción contra extranjeros ajenos a la controversia. En *Gucci América, Inc. v. Weixing Li* (2014), el Segundo Circuito aplicó *Daimler* y sostuvo que la jurisdicción exorbitante que venían ejerciendo las cortes estadounidenses se contradecía con principios de diplomacia internacional y debido proceso<sup>178</sup>. Vale resaltar, hablamos de la misma Cámara de Apelaciones que en *NML* confirmó las órdenes de Griesa, aquellas que Argentina impugnó porque implicaban un exceso de jurisdicción<sup>179</sup>.

En este caso, un grupo de industrias demandaron a Weixing Li por vender falsificaciones de sus productos<sup>180</sup>. Para congelar sus activos, solicitaron a la corte que emitiera una orden de restricción temporal. La corte concedió la orden y exigió al Banco de China (BOC) que congelara los activos de la empresa, aún cuando el Banco, radicado en China, no formaba parte de la controversia. Como en *NML*, la corte asumió que podía emitir órdenes al BOC por el simple hecho de que trabajaba con la empresa demandada<sup>181</sup>.

---

<sup>178</sup> *Gucci America, Inc. v. Weixing Li*, 768 F.3d 122m pp. 135 (2<sup>nd</sup> Cir. 2014).

<sup>179</sup> Id. pp. 125. Ver también Zambrano, Op. Cit. N° 84, pp. 161.

<sup>180</sup> Id. pp. 125.

<sup>181</sup> Id. pp. 125.

Los reclamantes notificaron de la orden judicial al BOC, incluyendo citaciones dirigidas a los directivos. En respuesta, el BOC informó que en su sucursal de Nueva York no tenía posesión ni control sobre ningún documento o información proveniente de la sucursal china. Además, argumentó que, incluso si la tuviera, no podría entregarla porque violaría legislación china<sup>182</sup>.

Los reclamantes presentaron una moción para que se obligue al BOC a cumplir con lo ordenado y se cite a los directivos de la empresa. La corte concedió ambos pedidos<sup>183</sup>. El BOC solicitó a la corte que reconsidere su decisión porque lo ordenado contradecía normas de China sobre secreto bancario<sup>184</sup>. Pero la corte desestimó el planteo y lo intimó a cumplir bajo apercibimiento de declararlo en desacato<sup>185</sup>. Finalmente, lo declaró en desacato y le impuso multas<sup>186</sup>. Sin embargo, la Cámara revocó y, con cita de *Daimler*, sostuvo que la corte distrital tenía jurisdicción para emitir órdenes contra Weixing, pero no contra el BOC<sup>187</sup>. Reconoció que un ejercicio jurisdiccional tan amplio se contradecía con valores diplomáticos y debido proceso<sup>188</sup>.

Según Zambrano, a partir de *Gucci*, las empresas radicadas fuera de EE.UU con sucursales en el país no estarán sujetas a la jurisdicción general y exorbitante que utilizaban las cortes hasta hace poco<sup>189</sup>. También destaca la importancia que la Cámara de Apelaciones de Nueva York le dio a la cortesía internacional cuando remarcó que debe ser ponderada

---

<sup>182</sup> Id. pp. 127.

<sup>183</sup> Id. pp. 127-28.

<sup>184</sup> Id. pp. 128.

<sup>185</sup> Id. pp. 128.

<sup>186</sup> Id. pp. 128.

<sup>187</sup> Id. pp. 129.

<sup>188</sup> Id. pp. 135.

<sup>189</sup> Zambrano, Op. Cit. N° 84, pp. 192.

en cada decisión que pueda afectar a países extranjeros<sup>190</sup>. Es importante dimensionar el rotundo cambio de criterio de esta Cámara. En *NML*, omitió expedirse sobre planteos de nueve países que remarcaron cuán excesiva había sido la orden de discovery para identificar bienes argentinos<sup>191</sup>. A partir de *Gucci*, la situación pareciera ser bien distinta.

Tres años después, la Cámara de Apelaciones de Illinois fue aún más lejos. En *Leibovitch v. Islamic Republic of Iran* (2017), aplicó *Daimler* y negó que las cortes distritales tuvieran jurisdicción para obtener información sobre bienes iraníes ubicados en todo el mundo<sup>192</sup>. En este caso, los familiares de un niño asesinado en un atentado terrorista demandaron a Irán ante una corte distrital de Chicago en virtud de la Ley Antiterrorista y la FSIA, que reconoce una excepción a la inmunidad de jurisdicción contra países que participen o presten ayuda en actos de terrorismo<sup>193</sup>. Reclamaron que se condene a Irán a pagar una indemnización por haber brindado apoyo a la organización terrorista que asesinó al niño en un atentado en Jerusalén<sup>194</sup>.

Irán no presentó defensa y el tribunal emitió una millonaria sentencia contra el país<sup>195</sup>. Los reclamantes intentaron ejecutar el monto adjudicado y utilizaron estrategias similares a las de los fondos buitres en *NML*. Solicitaron una medida de discovery para identificar bienes iraníes ubicados en cualquier país y que se citara a directivos de dos bancos

---

<sup>190</sup> Id. pp. 187.

<sup>191</sup> Id. pp. 177 (citando *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, No. 03 Civ. 8845 (TPG), 2013 WL 491522 (S.D.N.Y. 08/02/2013)

<sup>192</sup> *Leibovitch v. Islamic Republic of Iran*, 852 F.3d 687, pp. 688 (7th Cir. 2017).

<sup>193</sup> El artículo §1605A de la FSIA dispone que no estarán protegidos bajo inmunidad absoluta de jurisdicción y ejecución aquellos países que se involucren o presten auxilio en actos de terrorismo.

<sup>194</sup> *Leibovitch v. Islam Republic of Iran*, 188 F.Supp.3d 734, pp. 736 (N.D.Ill. 2016).

<sup>195</sup> Id. pp. 736.

extranjeros para que prestaran testimonio bajo juramento<sup>196</sup>. La citación advertía que la incomparecencia podría acarrear órdenes de encarcelamiento<sup>197</sup>.

En respuesta, ambos bancos solicitaron que se acote el objeto del discovery para que solo incluyera bienes radicados en EE.UU porque, de existir, eran los únicos que podrían ser embargados y ejecutados<sup>198</sup>. Como vemos, las mismas discusiones que se dieron en *NML*, solo que en este caso el resultado fue distinto<sup>199</sup>. La corte distrital rechazó el planteo de los actores y explicó que, para emitir órdenes contra estos bancos, primero debería habilitar su jurisdicción contra ellos<sup>200</sup>.

Con cita de *Daimler*, detalló las circunstancias en las que una corte podría ejercer su jurisdicción contra una empresa extranjera. Para ejercer su “jurisdicción general”, es decir, para habilitar su jurisdicción contra un extranjero por razones generales que no surgen de una norma expresa (como la FSIA), el extranjero debería estar radicado en territorio estadounidense. Pero ello no sucedía con los dos bancos requeridos, porque solo tenían unas pocas sucursales en EE.UU. Siguiendo esta lógica, afirmó que luego de *Daimler*, la mera existencia de una sucursal radicada en el país no era suficiente para que una corte habilite su jurisdicción general contra una empresa extranjera<sup>201</sup>.

Los actores apelaron y argumentaron que el criterio establecido en *Daimler* solo aplicaba en favor de personas demandadas, no de terceros ajenos a la controversia<sup>202</sup>. Pero la

---

<sup>196</sup> Id. pp. 741.

<sup>197</sup> Id. pp. 741.

<sup>198</sup> Id. pp. 742.

<sup>199</sup> *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 573 U.S. 134, pp. 137 (2014).

<sup>200</sup> *Leibovitch v. Islamic Republic of Iran*, 188 F.Supp.3d 734, pp. 745 (N.D.Ill. 2016).

<sup>201</sup> Id. pp. 747.

<sup>202</sup> Id. pp. 747.

Cámara también concluyó que la corte carecía de jurisdicción sobre los bancos porque ninguno de ellos se encontraba realmente asentado en el Estado de Illinois<sup>203</sup>.

Los actores apelaron y reiteraron sus argumentos sobre la irrelevancia de la jurisdicción para hacer cumplir ordenes de discovery contra partes ajenas a la controversia. Pero la Cámara de Apelaciones sostuvo que el argumento de la actora era defectuoso porque una corte estadounidense debía tener jurisdicción para ordenar y/o ejecutar una orden judicial, en este caso, la entrega de información sobre bienes iraníes radicados en el mundo<sup>204</sup>. Remarcó que la cuestión habría sido distinta si los actores se hubieran limitado a solicitar información de activos iraníes ubicados dentro del estado de Illinois<sup>205</sup>. Los reclamantes recurrieron ante la Suprema Corte, que desestimó el recurso.

De esta forma, con *Leibovitch* el Séptimo Circuito también dejó en claro su voluntad de otorgar órdenes de discovery solo contra empresas radicadas en los EE.UU<sup>206</sup>. Por ello, podemos afirmar que los nuevos criterios del Segundo y Séptimo Circuito acotaron significativamente los atajos que las cortes distritales venían utilizando para ejecutar sus decisiones contra países. Es que, como vimos en el apartado 4, en *NML* la cámara de apelaciones citó *Rafidain* para justificar que Griesa podía emitir una medida de discovery contra dos bancos ajenos a la controversia porque previamente había habilitado su jurisdicción contra Argentina<sup>207</sup>. Pero después de *Gucci y Leibovitch*, las cortes distritales ya no podrían utilizar este atajo para forzar a extranjeros ajenos al proceso

---

<sup>203</sup> *Leibovitch v. Islamic Republic of Iran*, 852 F.3d 687, pp. 690 (7<sup>th</sup> Cir. 2017).

<sup>204</sup> Id. pp. 689.

<sup>205</sup> Id. pp. 690.

<sup>206</sup> Martindale, Op. Cit. N° 12, pp. 353.

<sup>207</sup> *EM Ltd. v. Republic of Argentina*, 695 F.3d 201, pp. 209 (2012). (citando *First City, Texas-Houston, N.A. v. Rafidain Bank*, 150 F.3d 172, 177 (2d Cir. 1998)).

a cumplir con sus órdenes, a menos que expliquen de dónde surge dicho poder jurisdiccional<sup>208</sup>.

El mismo razonamiento podría aplicarse en lo que respecta a órdenes de hacer. En *NML*, la cámara de apelaciones sostuvo que, conforme el art. 65(d)(2)(c) de las FRCP, las personas extranjeras ajenas al proceso también debían ajustarse a la orden emitida contra Argentina<sup>209</sup>. Pero después de *Gucci* y *Leibovitch*, no pareciera que este artículo aplique contra personas que no tienen su asiento principal en los EE.UU.

En conclusión, gracias a *Gucci* y *Leibovitch*, dos de las Cámaras de Apelaciones más importantes de EE.UU redujeron el poder de las cortes distritales para utilizar “atajos” que les permitieran afectar la libre disponibilidad de bienes soberanos radicados fuera del país. Con los nuevos criterios sobre jurisdicción, las cortes distritales, como la de Griesa, ya no podrán extender tan fácilmente su jurisdicción contra extranjeros ajenos al litigio para forzar a los Estados soberanos a cumplir con sus sentencias definitivas.

## V. Conclusiones

El “juicio del siglo” fue analizado desde distintas posiciones. Este trabajo pretendió agregar otra perspectiva, más enfocada en los argumentos y herramientas jurisdiccionales que el poder judicial estadounidense utilizó para justificar su decisión de forzar a la Argentina a cumplir con las sentencias a favor de los fondos buitres. En este sentido, la forma en que las cortes estadounidenses ejercen su jurisdicción contra otros países merece un profundo análisis, sobre todo por parte de las naciones que necesitan financiamiento para lograr su desarrollo. Es que, con *NML* quedó claro cómo pue-

---

<sup>208</sup> Id. pp. 129.

<sup>209</sup> Id. pp. 255.

den pensar las juezas y jueces federales de las cortes más importantes de Estados Unidos.

Varios de los razonamientos que vimos evidencian una lógica formalista. El discovery para identificar bienes en el extranjero contradijo disposiciones de la FSIA, que solo permiten a las cortes ejecutar bienes soberanos radicados en EE.UU y que tengan fines comerciales. Pero en *NML* no importó si esos bienes podían ejecutarse o no. Lo que importó era saber dónde se encontraban radicados. *La información es poder*.

También vimos un razonamiento formalista y contradictorio con la orden de hacer de carácter permanente. ¿Qué sentido tiene que la FSIA prohíba a las cortes embargar y/o ejecutar bienes soberanos en el exterior, si al mismo tiempo les permite afectar esos bienes indirectamente, a través de órdenes de hacer? Está claro que en la teoría un embargo no tiene nada que ver con una orden de hacer. Pero si ambas medidas tienen el mismo efecto porque afectan la libre disponibilidad de bienes, esas diferencias teóricas desaparecen en la práctica y las cortes de EE.UU. terminan ejerciendo su jurisdicción más allá de los límites establecidos por el Congreso.

Los argumentos empleados para justificar estas órdenes contra Argentina se contradicen con principios básicos de debido proceso y derecho de defensa, reconocidos expresamente en la Constitución de Estados Unidos. Las cortes sabían que no podían llegar más allá de las fronteras del país. El propio Griesa lo admitió en audiencia oral<sup>210</sup>.

Pero, frente a la postura que asumió Argentina, decidieron forzar los límites de la FSIA para impedirle al país que continuara pagando al 92% de los acreedores que aceptaron la reestructuración de la deuda. Y, para cumplir su cometi-

---

<sup>210</sup> Resolución en audiencia oral, *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, No. 08 Civ. 6978 (TPG), United States District Court, Southern District of New York, 23/02/2012, WL 3225959, Apéndice I, pp. 40 (2012).

do, aplicaron criterios interpretativos amplios, al estilo “*si la FSIA no lo prohíbe, entonces lo permite*”, cuando el texto y el espíritu de esta ley federal van en sentido contrario: ante la duda, no hay jurisdicción contra un país. Y si la hubiera, la FSIA expresamente establece límites a la jurisdicción de estas cortes, que no son más que cortes domésticas, no internacionales. Y en este objetivo de forzar a la Argentina a cumplir, el poder judicial estadounidense también se sirvió de instituciones financieras ajenas a la controversia, que tuvieron que optar entre cumplir órdenes de cortes federales o ser consideradas en desacato y ganarse una mala imagen en el mundo de las finanzas.

*NML* debe servir como ejemplo a decenas de países en vías de desarrollo que pueden encontrarse en dificultades al reestructurar su deuda gracias a las abusivas estrategias que utilizan los fondos buitres. En futuros casos de este tipo, las naciones demandadas podrían profundizar sus defensas para tensionar la relación entre la FSIA y la garantía de debido proceso de la Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense. Más aún si tenemos en cuenta que, muy poco tiempo después de *NML*, la Suprema Corte y dos cámaras de apelaciones muy poderosas restringieron considerablemente la forma en que las cortes de primera instancia ejercían su jurisdicción más allá de los límites territoriales del país.

Argentina recibió muchas críticas por la defensa que adoptó en este caso, que recorrió los medios de comunicación de todo el mundo. Pero no puede negarse que la estrategia fue audaz. Desde una perspectiva de litigio estratégico<sup>211</sup>, el país no solo enfrentó la discusión en sede ju-

---

<sup>211</sup> Si bien no existe una definición única sobre “litigio estratégico”, en términos generales hablamos de estrategias judiciales que van más allá de lo que se resuelva en la sentencia definitiva. El litigio estratégico permite utilizar el caso judicial como una plataforma de discusión mucho más amplia, que excede a las partes que conforman una litis. Ayuda a poner en debate público conflictos que involucran a personas, comunidades, sociedades, que no necesariamente forman parte del litigio. Y, más allá de los resultados formales del caso (parte vencedora o vencida), ayuda a difundir o generar conciencia sobre determinada



dicial, sino que puso sobre la escena pública las criticables estrategias que utilizan ciertos fondos de inversión altamente especulativos, que solo piensan en maximizar sus rentas al menor costo posible.

En este sentido, la experiencia Argentina demuestra cuán necesaria es la formalización de un tratado internacional que regule controversias sobre deuda soberana de una forma imparcial y ajena a los intereses en pugna. Argentina dio pasos importantes en este sentido. El 17/09/2014, el canciller Héctor Timerman planteó ante la Asamblea General de las Naciones Unidas la urgente necesidad de sancionar un marco legal para la reestructuración de la deuda soberana. Resaltó que miles de millones de dólares iban a los bolsillos de los fondos buitres, que se aprovechaban de los países con crisis de deuda para bloquearles sus procesos de reestructuración de pasivos y obtener rentas mucho más elevadas en comparación con la inversión realizada<sup>212</sup>.

Esta presentación sentó las bases para que la ONU emitiera la Resolución N° 69/319 sobre Principios Básicos de

---

situación lesiva de derechos, permitiendo que tal situación se modifique no solo por el actuar del Poder Judicial, sino gracias a la difusión pública del caso. En Estados Unidos esta práctica también es conceptualizada como "Public Interest Litigation", "Impact Litigation", "Civil Rights Litigation". Para más información, ver Charles F. Sabel – William H. Simon, *Destabilization rights: How Public Law Litigation Succeeds*, Harvard Law Review (2004); John Denvir, *Towards a Political Theory of Public Interest Litigation*, North Carolina Law Review (1976); Abram Chayes, *The role of the Judge in Public Law Litigation*, Harvard Law Review (1976); En Argentina esta práctica se encuentra ampliamente difundida entre las organizaciones de la sociedad civil, que la utilizan como una herramienta (entre otras) para generar conciencia social sobre conflictos vinculados a derechos humanos y avanzar en reformas estructurales que garanticen el pleno respeto de estos derechos. Para más información, ver Francisco Verbic, *Un nuevo proceso para conflictos de interés público*, La Ley (2014); María Carlota Ucin, *Litigio de Interés Público*, Revista en Cultura de la Legalidad (2017), Martín Böhmer - Tatiana Salem, *Litigio estratégico: una herramienta para que el Poder Judicial tenga voz en políticas públicas clave*, CIPPEC (2010).

<sup>212</sup> Asamblea General Organización de Naciones Unidas, 68° Sesión, 107° Reunión plenaria, Martes 9 de Septiembre de 2014. A/68/PV.107

los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana<sup>213</sup>. Argentina logró el apoyo del “Grupo de los 77”, integrado por ciento treinta y cuatro (134) países en vías de desarrollo y China<sup>214</sup>. El principio N° 6 establece que la inmunidad de jurisdicción y ejecución contra países debe ser interpretada restrictivamente. El N° 9 dispone que las reestructuraciones de deuda deben ser aprobadas por mayorías calificadas. Logrado ello, serán oponibles a todos los acreedores, inclusive a los que pretendan rechazarlas.

---

<sup>213</sup> Resolución ONU 69/319, 29 de septiembre de 2015.

<sup>214</sup> Agencia Telam, “*Los nueve principios del proyecto aprobado por la ONU para reestructurar las deudas de los países*”, 10/09/2015.