

Acerca de la inmunidad del Estado frente a los tribunales arbitrales y judiciales externos (CIADI y otros)

*Aristides Horacio M. Corti**

La fuerte resistencia que generaron doctrinas de la Corte argentina dirigidas a encuadrar las conductas de las empresas multinacionales (casos “Swift-Deltec” y “Parke Davis”) determinaron su inmediato dismantelamiento en 1976 por la dictadura militar, convalidando la doctrina transnacional de los precios de transferencia, la cual -más allá de las medidas adoptadas para neutralizar sus abusos- sigue vigente en la legislación tributaria argentina. En el marco de este nuevo estatuto legal de un renovado coloniaje, en los años ‘90 la Argentina concertó 58 tratados internacionales llamados “de protección recíproca de las inversiones” prorrogando la jurisdicción nacional en favor de los tribunales arbitrales del CIADI. De la misma manera las operaciones de crédito público incluyeron cláusulas de prórroga de jurisdicción en favor de los tribunales de Nueva York o de otras sedes asiento de los acreedores externos.

El autor advierte la flagrante malversación constitucional que encierran dichas prórrogas de jurisdicción, o dicho de manera más clara: abandono de la jurisdicción nacional no obstante revestir el carácter de atributo irrenunciable de la soberanía nacional.

* Profesor titular consulto de Finanzas Públicas y Derecho Tributario de la Facultad de Derecho, UBA. Exposición efectuada en dicha Casa de Estudios el 29/11/04, en la mesa redonda sobre “Inmunidad jurisdiccional del Estado por los actos ‘iure imperii’ y la actuación de tribunales arbitrales extranjeros”.-

1. Datos económicos concretos sobre los efectos de la renuncia a la soberanía y la exclusión social generada por el modelo neoliberal*

El PIB argentino asciende hoy a unos US\$ 140 mil millones. Los reclamos iniciados por empresas concesionarias de servicios públicos privatizados y/o sus accionistas representan más de US\$ 17 mil millones. El reclamo de Eriday-consorcio de empresas reunidas Impregillo, Dumez y Asociadas para Yaciretá- suma unos US\$ 1.000 millones. La deuda pública en *default* US\$ 81.800 millones, de la cual el 61,6% corresponde a inversores externos, es decir unos US\$ 50 mil millones. Dichas cifras representan juicios actuales y potenciales por US\$ 68 mil millones, casi el 50% del PIB. Concurrentemente, el modelo neoliberal generó exclusión y marginalidad social. Sólo tomando los últimos 13 años, en 1991, el 20% de la población con mayores ingresos se apropiaba del 43% del ingreso nacional. En 2003, el 55%. En 1991, el 20% más pobre de la población recibía el 8% del ingreso nacional. En 2003, el 5%. Un estudio de Consultora Equis (*Página 12*, 13/11/04) exhibe estos guarismos: el 7% de la población tiene ingresos de \$ 30 mensuales per cápita; el 10% de \$ 60 mensuales per cá-

pita y el 27% de \$ 120 mensuales per cápita. Es decir, que un 44% de la población, tomando una familia tipo de dos adultos y dos menores, viven -más bien malviven- con un ingreso familiar mensual de \$ 480 el 27%, \$ 240 el 10% y \$ 120 el 7 por ciento.

2. De la igualdad jurídica de los Estados. ¿Mito o realidad?

Así como las cifras anteriores demuestran la ineffectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de virtualmente más de un 50% de la población (teniendo en cuenta que el nivel de pobreza es de \$ 740.-), el derecho internacional globalizado que pretenden imponer los países centrales en las relaciones económicas refleja y confirma las investigaciones, por ejemplo de la CEPAL (Prebisch, Theotonio dos Santos) sobre la teoría de la dependencia, el modelo del intercambio desigual (Samir Amín) y la fuerte resistencia que generaron doctrinas de la Corte argentina dirigidas a encuadrar las conductas de las empresas multinacionales (casos “Swift-Deltec” y “Parke Davis”) que al obturar los mecanismos de despojo constituidos por los llamados “contratos” entre matrices y filiales determinaron su inmediato dismantelamiento en 1976 por la dictadura militar, convalidando la

* Una actualización de este panorama económico puede leerse en “Los desafíos de la Argentina poscanje” de Carlos Heller, publicado en este número (Nota de RE).

doctrina transnacional de los precios de transferencia, la cual -más allá de las medidas adoptadas para neutralizar sus abusos- sigue vigente en la legislación tributaria argentina. En el marco de este nuevo estatuto legal de un renovado coloniaje, en los años '90 la Argentina concertó 58 tratados internacionales llamados "de protección recíproca de las inversiones" prorrogando la jurisdicción nacional en favor de los tribunales arbitrales del CIADI. De la misma manera las operaciones de crédito público incluyeron cláusulas de prórroga de jurisdicción en favor de los tribunales de Nueva York o de otras sedes asiento de los acreedores externos.

3. Del enfoque constitucional

Desde ya advertimos la flagrante malversación constitucional que encierran dichas prórrogas de jurisdicción, o dicho de manera más clara: renuncia de la jurisdicción nacional no obstante revestir el carácter de atributo irrenunciable de la soberanía nacional.

La Constitución de 1853/60 consagra en su art. 31 el principio de supremacía constitucional. Y el art. 27 que los tratados de comercio con las potencias extranjeras deben encontrarse en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución. A su vez, el art. 33 consagra los derechos no enumerados,

entre los cuales -de acuerdo con los constituyentes de 1860- incluye "...los derechos naturales de los hombres y de los pueblos" de suerte tal -decían aquéllos- "...toda ley que los quebrantase destruiría los fundamentos de la sociedad misma, porque iría contra el principio fundamental de la soberanía" (textual del informe suscripto por Bartolomé Mitre, Domingo F. Sarmiento y Dalmacio Vélez Sarsfield al fundar la inclusión del art. 33 en el Informe de la Comisión Examinadora de la Convención de Buenos Aires de 1860, convocada para examinar la Constitución del año 1853, cfr. Juan Francisco Linares, "El derecho natural y su invocación en la jurisprudencia constitucional de la CSJN", *La Ley*, "Páginas de ayer", Año 5, N° 9-octubre de 2004, págs. 1/8). Uno de los principios de derecho público del art. 27 se encuentra establecido en el hoy art. 116 cuando prescribe que corresponde al Poder Judicial de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes federales y por los tratados con las naciones extranjeras. La expresión "todas" abarca los tres niveles de normas.

La reforma constitucional de 1994 por su art. 75, inc. 22, asignó jerarquía constitucional complementaria de la parte dogmática de la Carta Magna a instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, en las condicio-

nes de su vigencia, es decir, asignando carácter vinculante a los pronunciamientos de la Corte Interamericana de DDHH del Pacto de San José de Costa Rica. A su vez, el inc. 24 del mismo art. 75 autorizó la delegación de jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad en el marco de tratados con Estados de Latinoamérica y también ajenos a éstos, bien que en este caso bajo la condición -además de las mencionadas exigencias de reciprocidad e igualdad- de doble votación del Congreso de la Nación.

Se advierte claramente entonces que las prórrogas de jurisdicción en favor de tribunales arbitrales del CIADI o extranjeros en materia de deuda externa adoptadas por los poderes constituidos del Estado argentino violan las cláusulas constitucionales establecidas por el poder constituyente con jerarquía inderogable frente a aquéllos, habida cuenta de su imperatividad no disponible.

En estas condiciones se exhibe una notoria malversación constitucional en afirmaciones como las publicadas el 23/11/04 por el "Suplemento de Derecho Constitucional" de *La Ley*, págs. 1/16, que llevan la firma del administrativista Agustín Gordillo cuando sostiene, comentando críticamente el reciente fallo "Cartellone c/Hidronor" (CSJN, 01/06/04), que "*A nadie convenceremos de que un país periférico ... pueda celebrar una subred internacional sistemática*

de 58 tratados internacionales ... sometién dose a tribunales internacionales y luego declarar, si pierde, que la sentencia arbitral internacional contradice el derecho interno y es nula a criterio de la Corte nacional". Agregando que "*Así no saldremos jamás del pozo en que nos encontramos, sino que horadaremos los fondos marinos*". La frase transcrita hubiera enriquecido, de estar vivo Arturo Jauretche, el *Manual de zonceras argentinas*. Dice Gordillo que dichos 58 tratados son parte integrante de una red internacional de 1.100. Prescinde de computar que el Brasil firmó 14, de los cuales sólo llevó 6 al Parlamento y, antes de que el ex presidente Cardozo concluyese su mandato, los retiró por considerarlos perjudiciales para su país. Se advierte en el Brasil una conciencia nacional más firme y menos claudicante que en nuestro país. Por lo demás, la afirmación de Gordillo de que el derecho internacional (agregamos nosotros "globalizado") prevalece por sobre el nacional y no se compatibiliza con las cláusulas constitucionales de nuestra Carta Magna reseñadas en precedencia. Incluso más, si el criminal de lesa humanidad Arancibia Clavel (fallo de la CSJN del 24/8/04) fue condenado por considerarse imprescriptible la acción penal a su respecto, ello no aconteció por la errónea posición adoptada por los jueces Boggiano y Maqueda de considerar el derecho internacional por encima del nacional, sino

en virtud de la recepción por la Carta Magna de los argentinos, a través de su art. 118, del derecho de gentes en el ámbito penal internacional consuetudinario que reprime con penas imprescriptibles los delitos de lesa humanidad, como correctamente juzgaron en esa causa los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco. Es aquí de destacar que más allá de la errónea solución absolutoria propuesta por el juez Fayt al no hacer correcta aplicación del art. 118, dicho magistrado señaló que el art. 27 de la Constitución Nacional consagra “...una norma de inestimable valor para la soberanía de un país, en particular, frente al estado de las relaciones actuales entre los integrantes de la comunidad internacional. Esta interpretación preserva (ante las marcadas asimetrías económicas y sociales que puedan presentar los estados signatarios de un mismo tratado) el avance de los más poderosos sobre los asuntos internos de los más débiles” aventando “...ejercicios coloniales de extensión de soberanía”. Gregorio Badeni, a su vez, aunque desnaturalizando los justos alcances del art. 118 CN correctamente definidos por los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco, señaló que “...corremos el riesgo de sostener que si un país contrajo compromisos internacionales, tiene que honrar rigurosamente su palabra porque la costumbre internacional así lo impone, aunque esté tratando de diferir ese cumplimiento para evitar el

caos o preservar la seguridad social interna” (Abogados, Revista del CPACF, Nro. 78, agosto/septiembre 2004, págs. 12/13). El riesgo tan temido por Badeni no existe ya que los compromisos internacionales corresponderá honrarlos en la medida en que sean consistentes con la Constitución Nacional (incluyendo los instrumentos internacionales del art. 75, inc. 22 y el derecho de gentes -penal consuetudinario- receptado por el art. 118), criterio que ya fue receptado por la Corte Nacional en el caso “Brunicardi” (1996) otorgando primacía a los derechos sociales y económicos de los argentinos por sobre los crematísticos de los inversores financieros.

4. De los fallos recientes de la Justicia argentina

Tanto la Corte Nacional como la Justicia Federal de Primera Instancia en los casos “Cartellone c/Hidronor” (01/06/04) y “Yaciretá c/Eriday” (27/9/04 - jueza Rodríguez Vidal) rescataron la jurisdicción como atributo de la soberanía nacional. En el primer caso dejando sin efecto un laudo arbitral que afectaba el orden público y la exigencia constitucional de razonabilidad. Y en el segundo decretando una medida cautelar suspensiva del proceso arbitral ante una resolución arbitraria del tribunal arbitral en cuanto éste había excluido o tachado del Acta de Misión puntos conducentes propuestos por el ente público estatal

binacional para la recta resolución de dicho “proceso”, vg. planteamiento de que el laudo final debía considerar la exclusión del proceso arbitral de las cuestiones de orden público, por ende, insusceptibles de ser sometidas a arbitraje y la atinente a la legitimación ética de empresas integrantes del consorcio contratista. Este aspecto nos remite al tópico que será examinado en el próximo acápite.

5. De la necesaria legitimación ética y “manos limpias” en el ejercicio de los derechos y acciones en justicia, incluidos los procesos arbitrales.

Uno de los puntos tachados arbitrariamente por el tribunal arbitral en el caso “Yaciretá” consistió en la exigencia del ente estatal binacional de incorporar al Acta de Misión el atinente al examen de la legitimación ética (manos limpias) de una de las empresas integrantes del consorcio contratista habida cuenta de los actos de corrupción producidos por la firma Impregilo -materia de investigación ante las autoridades legislativas y judiciales argentinas y extranjeras- y que han devenido confirmados por las publicaciones italianas y argentinas del 25/11/04 informando del allanamiento efectuado en la sede de esa empresa con correlativas caídas de más del 37% de la cotización de sus acciones en la Bolsa de Milán, imponiendo la suspensión de dichas

cotizaciones. Al respecto, debe recordarse la señera jurisprudencia de la Corte Nacional, caso “Mellor Goodwin”, 18/10/73, en cuanto exige “...*la ponderación total de la conducta del reclamante, extremo que resulta imprescindible para descartar todo reproche o incorrección que descalificaría la rectitud y buena fe que son exigibles en el ejercicio de los derechos y acciones en justicia*” y la más reciente del mismo tribunal en su actual composición reafirmando “...*la relación que guarda el orden jurídico respecto del orden moral*”, conforme voto del juez Zaffaroni en la causa “Nobleza Piccardo” del 5/10/04.

6. Algunas conclusiones y caminos a seguir.

- a) Ante el estado de perplejidad e incertidumbre que generan los tratados internacionales y leyes que prorrogaron la jurisdicción nacional a favor de tribunales arbitrales (CIADI y otros) y judiciales (Nueva York y otros) corresponde promover acciones judiciales declarativas de certeza a los efectos de que la justicia federal argentina declare la inconstitucionalidad de dichos tratados y leyes, al encontrarse los mismos en pugna con las cláusulas constitucionales de los arts. 27, 31, 33, 75, inc. 24, y 116 de la Carta Magna.
- b) En las acciones de inconstitucionalidad mencionadas en a)



Condoleezza Rice

- requerir que la justicia federal argentina decrete medidas cautelares suspensivas de los procesos inconstitucionales en trámite ante dichos tribunales arbitrales o judiciales externos.
- c) En los procesos arbitrales y judiciales externos, iniciados o que se inicien, plantear su falta de jurisdicción (por versar sobre cuestiones de derecho público argentino, por ende no disponibles), sea por vía de excepción previa o postulando la inclusión del tópico en el Acta de Misión, con reserva del caso federal ante la justicia nacional de mediar rechazo de dichas articulaciones.
- d) También debe requerirse la incorporación al Acta de Misión del examen referido a la legitimación ética (manos limpias) de los reclamantes con igual reserva que la indicada en el acápite c).
- f) Requerir en sede judicial nacional la suspensión cautelar de los procesos arbitrales y judiciales externos en el caso de que no se incorporen a la *litis* las articulaciones mencionadas en c) y d).
- g) Ante la eventualidad de laudos arbitrales o fallos judiciales externos adversos, se articule dentro de los plazos procesales establecidos por la legislación argentina los correspondientes recursos -ordinario de apelación o extraordinario- fundados sobre la inconstitucionalidad de aquéllos en su proceso de válida formación y contenido en pugna con la Constitución y leyes nacionales, el orden público nacional y la regla moral.

Economías regionales

Vulnerabilidades regionales y acción colectiva en el marco del ajuste del Estado: el caso de Cruz del Eje, Córdoba

*Mónica B. Gordillo **

*Ana L. Natalucci***

La localidad de Cruz del Eje, ciudad ubicada al noroeste de la provincia de Córdoba, fue escenario de una de las tempranas reacciones que como comunidad se efectuaron contra la política de privatizaciones y de ajuste del Estado implementada en el primer gobierno de Menem. En efecto, en septiembre de 1994 se produjo una “pueblada” que dio visibilidad a la región, siendo ésta nuevamente sacudida por los “cortes de ruta” en mayo de 1997. Sin embargo aquella “pueblada”, que dio cuenta de un proceso acumulativo de frustraciones que no había podido expresarse abiertamente, no atrajo la suficiente atención de los medios masivos de comunicación ni aún hoy de otros investigadores; incluso su registro en la memoria colectiva es débil al confundirse con otras luchas posteriores como las que tuvieron lugar en 1997. Las principales líneas de indagación que se presentan en este trabajo apuntarán entonces a tratar de explicar tanto los factores que hicieron posible esas tempranas acciones –si las comparamos con otras que tuvieron lugar en el país posteriormente como las de Cutral- Có y Plaza Huincul– sus características y los actores implicados, adelantando así algunas consideraciones acerca de su escaso registro.

* Centro de Investigaciones de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba (CIFYH). Investigadora del CONICET. E-mail: gordillo@ffyh.unc.edu.ar.

** Centro de Investigaciones de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba (CIFYH) y Centro de Investigaciones Gino Germani, FSC, UBA. E-mail: anatalucci@hotmail.com.