V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO INTERNACIONAL II

RAYMUNDO JULIANO FEITOSA

DIEGO ESCUDER

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito internacional II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/ UPF/FURG;

Coordenadores: Diego Escuder, Raymundo Juliano Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-240-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito internacional. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO INTERNACIONAL II

Apresentação

En el marco del Grupo de Trabajo Derecho Internacional II del V Encuentro Internacional del CONPEDI fueron presentados doce trabajos los cuales podemos agrupar en torno a las temáticas vinculadas al Derecho Internacional Público, al Derecho Internacional Privado, al Derecho Internacional Económico/Comercial, al Derecho Ambiental y al Derecho Internacional de los DDHH.

Específicamente los autores abordaron temas vinculados a los aspectos que hacen a la regulación de la Economía y Comercio Mundial, aspectos vinculado al fenómeno de la Integración Regional en todas sus variables, abordando algunos de los autores un proceso de integración especifico como lo es el MERCOSUR, y finalmente aspectos relacionados a las protección de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente

Mas allá de las variaciones temáticas de todos los trabajos, y una aparente amplitud de tópicos, podemos decir sin embargo que todos los escritos tienen un denominador común que hace al fenómeno de la globalización, y como la circulación ya sea de personas o demás factores productivos tienen una repercusión que amerita que se debata sobre aspectos regulatorios y normativos que hacen a estos fenómenos, y como esto influye en nuestra vida diaria.

Es así que vemos trabajos en donde se analizan temas vinculados al Comercio Mundial explicándose como las asimetrías producto de la globalización pueden ser atenuadas a través del uso de un Tratamiento Especial Diferenciado de los países menos desarrollados, siendo clave para ello el rol que debe tener la fijación de los criterios de clasificación del grado de desarrollo de cada país (Ruda Ryuiti Furukita Baptista y Tania Lobo Munis); continuando en esta temática encontramos una análisis del papel que juegan los sistemas de solución de controversias en el sistema multilateral de Comercio (OMC) y en particular cómo la utilización de instrumentos de defensa comercial previstos por los propios mecanismos existentes pueden provocar tensiones en el comercio mundial (Flávio Marcelo Rodrigues Bruno, Raimundo Giovanni Franca Matos). Finalizando la temática del Comercio Mundial y viendo como estos se vinculan a los temas ambientales encontramos un análisis sobre la

interrelación entre Comercio y Medio Ambiente, y la necesidad de incluir aspectos relacionados a la protección ambiental en las cadenas globales de valor sustentadas en los nuevos formatos de integración, léase mega acuerdos comerciales (Gabriela Soldano Garcez)

Los temas ambientales también son analizados en otro documento que específicamente abordara los aspectos de la contaminación transfronteriza en el dominio marítimo (Roxana Corbran Rizzo). Finalmente lo que hace a esta primer gran sistematización de trabajos vinculados al Comercio y Economía Mundial, y mas específicamente los temas económico-financieros, y el rol del Derecho Internacional en su abordaje, vemos el análisis que trata los asuntos relacionados a la reestructuración de la Deuda Soberana y el Derecho que tienen los Estados para actuar en este sentido (Rodrigo Alejandro Díaz Inverso)

Otro de los grandes ejes temáticos gira en torno a la Integración y el MERCOSUR, donde se busca analizar desde aspectos vinculados a como los ordenamientos jurídicos internos, específicamente las constituciones nacionales (en particular la brasileña) abordan estos temas en el sentido de construir una verdadera comunidad de naciones cuyo contenido no se limite únicamente a los aspectos relacionados a la integración comercial sino que sea un concepto mas abarcativo (Marco Cesar de Carvalho), este trabajo lo podemos relacionar al abordaje dado por el documento que analiza el fenómeno del MERCOSUR en un nuevo contexto internacional lo que da a este proceso de integración características de un nuevo modelo de integración (Mariana Loureiro Gama). Finalmente el proceso MERCOSUR es encarado en sus aristas jurídico institucionales analizándose la coexistencia de diferentes modos de solución de controversias, ya sea mediante el sistema previsto en el Protocolo de Olivos o bien en el Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional (Mario Jorge Philocreon De Castro Lima), hasta el estudio de la insuficiencia de los mecanismos de cooperación jurídica internacional en el ámbito del MERCOSUR y la propuesta de creación de un Tribunal Penal en ámbito regional (Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro), por último si bien no es un abordaje especifico del MERCOSUR, pero si en lo que atañe a la circulación de personas, y la jurisdicción internacional de los tribunales de acuerdo al nuevo Código de Proceso Civil Brasileño, en particular a la partición de bienes en casos de divorcios, separaciones judiciales o disolución de uniones estables (Fernando Pedro Meinero).

Todos estos temas hacen al ser humano, por lo que la comprensión del marco regulatorio que busca la protección del individuo debe ser estudiado, y este caso específicamente se abordó las aparentes dicotomías existentes entre las Leyes de Amnistía y la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Guilherme Vitor de Gonzaga Camilo)

Finalmente los temas vinculados al Derecho Internacional necesitan sin lugar a dudas un marco teórico que posibilite el análisis de tal diversa temática en la compleja realidad global, tema que también fue analizado (Mirlir Cunha) en el marco de este II Grupo de Trabajo de Derecho Internacional.

Vemos pues como estos temas tienen un punto en común que es el trabajar los aspectos jurídicos que hacen a los fenómenos que se producen en un mundo globalizado, donde la interdependencia, la cooperación, e integración están cada vez mas presente en nuestro accionar diario.

La lectura de estos trabajos será, sin lugar a dudas, una valiosa contribución para un análisis más cabal de estos fenómenos.

Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP

Prof. Diego Escuder

¿RECONOCE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO UN DERECHO DE LOS ESTADOS A REESTRUCTURAR SU DEUDA SOBERANA?

DO YOU RECOGNIZE THE PUBLIC INTERNATIONAL LAW A RIGHT OF STATES TO RESTRUCTURE ITS SOVEREIGN DEBT?

Rodrigo Alejandro Díaz Inverso

Resumo

Se analiza la existencia en el ordenamiento jurídico internacional de un derecho de los Estados a reestructurar sus deudas soberanas. Se repasan las principales fuentes del Derecho Internacional Público, para concluir en la razonable existencia de una norma jurídica internacional, emergente de la costumbre o de un principio general de derecho, que legitima a los Estados a reestructurar sus deudas y, correlativamente, impone a los restantes Estados el deber de abstenerse de realizar actos que puedan frustrar el ejercicio de ese derecho. Se proponen ciertos lineamientos para el legítimo ejercicio del derecho por parte del Estado que realiza la reestructura.

Palavras-chave: Deuda soberana, Reestructuración, Fuentes del derecho internacional público

Abstract/Resumen/Résumé

The paper discusses if a right of States to restructure their sovereign debt exists under International Law. The main sources of Public International Law are reviewed, to conclude in the reasonable existence of an international rule of law which legitimizes States to restructure their debts and correspondingly imposes remaining States the duty to refrain from acts which would defeat the exercise of that right. The said right would be based upon customary international law or general principles of law. Certain guidelines are proposed for the legitimate exercise of the said right by the State conducting the restructuring.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Sovereing debt, Reestructure, Sources of international law

1. Introducción.-

Los mecanismos de reestructuración de pasivos (con quitas, esperas o una combinación de ambas) son comunes y estudiados en los derechos privados internos de los Estados. En el presente analizaremos, desde la óptica del ordenamiento jurídico internacional, si existe un derecho de todo Estado a reestructurar su deuda soberana y, correlativamente, un deber de los restantes Estados de abstenerse de realizar actos que comprometan tal reestructura.

2. Desarrollo.-

Son fuentes del Derecho Internacional Público, siguiendo la enumeración que realiza el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante la "Corte" o la "CIJ"): los tratados, la costumbre y los principios generales de derecho aceptados por los principales sistemas jurídicos.[1]

Ante la inexistencia de un tratado internacional que reconozca el derecho a reestructurar la deuda soberana, debemos analizar si el mismo encuentra fundamento en la costumbre o en un principio general.

a. El derecho a reestructurar como norma consuetudinaria

Es posible sostener -con apoyo de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte[2]- que la costumbre requiere para su configuración de la existencia de dos elementos: (i) el material, configurado por la existencia de prácticas y actos realizados por los Estados, en forma uniforme; y (ii) el psicológico ("*opinio juris sive necesitatis*"), referido a la convicción acerca de la obligatoriedad jurídica de la práctica.

---

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad de la República, Uruguay). Maestrando en Derecho Internacional Público por la misma Universidad.

[1] En realidad, el Estatuto refiere a los "*principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas*", pero se ha entendido que ese lenguaje resulta impropio a la evolución posterior del Derecho Internacional Púbico, por lo que se prefiere utilizar la expresión "aceptados por los principales sistemas jurídicos". Cfr. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. "Los principios generales del derecho reconocidos por los principales sistemas jurídicos, como fuente del Derecho Internacional" en Jiménez de Aréchaga, Eduardo; Arbuet-Vignali Heber; Puceiro Ripoll, Roberto. *Derecho Internacional Público. Principios - Normas - Estructura*. Tomo 1. Montevideo: FCU. 2005. Pág. 218.

[2] Caso Plataforma continental del Mar del Norte: párrafo 77; Caso Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, párrafos 183, 184, 188, 202; Caso Inmunidades de jurisdicción del Estado, párrafo 55.

Analizar si existe o no el elemento material de la costumbre es ciertamente una tarea difícil y que excedería los límites del presente trabajo. Sin embargo, podemos destacar diversos hechos en relación con las crisis de deuda soberana acaecidas y las reestructuraciones realizadas, que nos permitirían determinar *prima facie* la existencia de la costumbre.

En primer lugar, debe destacarse que a lo largo de la Historia, una considerable cantidad de Estados han reestructurado su deuda.[3] No se trata de una práctica aislada sino frecuente, realizada en todos los continentes, por Estados bien distintos entre sí desde el punto de vista político, ideológico, económico, etc. Las características de las reestructuras no han sido uniformes; pero la uniformidad de la práctica estaría dada por el hecho en sí de la reestructura de las deudas soberanas que todos estos Estados instrumentaron y la abstención de los restantes en cuanto a no realizar actos que la frustren.

En segundo lugar, podemos buscar la práctica (*rectius*, la comprobación o prueba de la práctica) en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas (en adelante la "Asamblea" o la "Asamblea General"), que el 20 de diciembre de 2013 aprobó la resolución N° 68/202 relativa a "La sostenibilidad de la deuda externa y el desarrollo". En su parte expositiva, esta resolución reconoce *"el importante papel que desempeña, aplicado caso por caso, el alivio de la deuda, especialmente la condonación de la deuda, cuando proceda, y la reestructuración de la deuda como herramientas de prevención y gestión de la crisis de la deuda para mitigar los efectos de la crisis financiera y económica mundial en los países en desarrollo*". Por otro lado, en su parte dispositiva la resolución "*pone de relieve la necesidad de que se adopten políticas coordinadas para fomentar la financiación, el alivio y la reestructuración de la deuda*". Si bien esta resolución aun no llega a reconocer a texto expreso a la reestructuración como un derecho del Estado, claramente no la condena ni la declara contraria al Derecho Internacional sino que, por el contrario, parece considerarla como un instrumento útil, eficaz y necesario para dar una respuesta a los problemas de sostenibilidad de la deuda soberana.

[3] A título de ejemplo: Albania, Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Francia, Grecia, Indonesia, México, Moldavia, Pakistán, Panamá, Perú, Reino Unido, República Dominicana, Rusia, Ucrania, Uruguay, y algunos Estados de los Estados Unidos. De acuerdo a la BBC, citando fuentes de Naciones Unidas, desde 1950 a 2014 se han registrado más de 600 reestructuraciones en 95 países. Disponible en:
http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/07/140709_economia_argentina_default_paises_deudores_ms

En tercer lugar, parecería necesario, para determinar la existencia de la costumbre, analizar los pronunciamientos de los distintos Estados ante las distintas reestructuras, lo cual excede largamente el alcance del presente. Sin embargo, si nos detenemos en uno de los casos más importantes (por dimensión de la operación, por la importancia geopolítica del Estado y por su repercusión mediática) que es el de Argentina, y especialmente la situación surgida de la actuación de "fondos buitres"[4], encontramos que la reestructuración practicada recibió un apoyo bastante importante, a saber: de los Estados miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), [5] del Parlamento del Mercosur, [6] de la Organización de Estados Americanos [7] y de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños. [8] Asimismo, Argentina obtuvo el apoyo en su proceso de reestructuración por parte del Grupo de los 77 más China, en la Declaración de Santa Cruz de 15 de junio de 2014.

Cabe destacar que ninguna de estas declaraciones contiene referencias a un derecho de Argentina a reestructurar su deuda; sin embargo, el apoyo a las acciones realizadas, la valoración positiva de los compromisos de pago respecto a dicho país, la condena a los acreedores que no adhirieron a la reestructura y el rechazo del actuar de la justicia estadounidense en cuanto a comprometer al proceso de reestructuración mediante ciertas decisiones judiciales, permite afirmar que los Estados de las distintas organizaciones referidas no sólo no rechazaron el accionar argentino, sino que lo respaldaron explícitamente, lo cual contribuiría a afirmar la legitimidad internacional de la actuación de aquel país.

Por su parte, el Gobierno de Estados Unidos, en oportunidad de presentar un "Amicus Curiae" respaldando a Argentina sostuvo: "*In those rare cases where a sovereign cannot meet its external obligations, however, the policy of the United States is that the orderly and consensual restructuring of sovereign debt, in conjunction with needed macroeconomic adjustments, is the*

[4] Fondos de inversión que no adhirieron al canje de deudas ("*holdouts*") y que se dedicaron a litigar contra Argentina en distintas jurisdicciones, especialmente Nueva York.
[5] Declaración de 21 de agosto de 2014 del XVII Consejo de Ministros de ALADI, firmada por los Gobiernos de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.
[6] Disponible en: http://www.embassyofargentina.us/fil/ckFiles/files/Apoyo%20Internacional/parlasur.pdf
[7] Resolución de la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores RC.28/DEC. 1/1, de 3 de julio de 2014.
[8] Resolución de las Jefas y los Jefes de Estado y de Gobierno de América Latina y el Caribe de 29 de enero de 2015.

most appropriate response."[9] Si bien es cierto que no se pronuncia expresamente sobre la existencia del derecho, claramente no está objetando a la norma consuetudinaria (si es que esta existiera o estuviera en vías de existir), y acepta las reestructura de deuda soberana como parte de la propia política internacional estadounidense. Cabe destacar que no es la primera vez que Estados Unidos se presenta como Amicus Curiae en defensa de un Estado que se encuentra reestructurando su deuda.[10]

En la misma línea, resulta importante mencionar el apoyo de Francia a la posición Argentina, en tanto como explica dicho país en su Amicus Curiae presentado ante la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, se trata de un Estado integrante del Club de París con activa participación en diversos procesos de reestructuración de deuda soberana en calidad de acreedor.[11]

En cuarto lugar, especial destaque merece la resolución de la Asamblea General Nº 69/319 de 10 de setiembre de 2015, impulsada por Argentina y el Grupo de los 77 más China.[12] En la misma, se reconoce a texto expreso **el derecho de todo Estado a reestructurar sus deudas,** al tiempo que se aprueban una serie de "Principios Básicos sobre los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana" (buena fe, transparencia, imparcialidad, trato equitativo, inmunidad soberana de jurisdicción y ejecución, legitimidad, sostenibilidad de la deuda, aprobación por mayoría).

Como es sabido, estas resoluciones no son de naturaleza obligatoria; sin embargo, pueden servir como prueba para acreditar la existencia de los elementos de la costumbre, en especial la "opinio juris" y la propia CIJ en diversas ocasiones le ha otorgado tal carácter.[13] Debe tenerse en cuenta

[9] ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *Brief for the United States of America as Amicus Curiae in support of reversal.NML CAPITAL, LTD., AURELIUS CAPITAL MASTER, LTD., ACPMASTER, LTD., BLUE ANGEL CAPITAL I LLC, AURELIUS.ON APPEAL FROM THE UNITED STATES DISTRICT COURTFOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. 4 de abril de 2012.* Pág. 7.

[10] Anteriormente lo había hecho con Brasil y Costa Rica. Cfr. PANIZZA, Ugo; STURZENEGGER, Federico; ZETTELMEYER, Jeromin. "The Economics and Law of Sovereign Debt and Default" en *Journal of Economic Literature 2009, 47:3.* Pág. 655 y 656.

[11] REPÚBLICA DE FRANCIA. *Brief of the Republic of France as Amicus Curiae in support of petitioner. REPUBLIC OF ARGENTINA, Petitioner, v. NML CAPITAL, LTD., et al., Respondents.On Petition for a Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit. Supreme Court of the United States. 24 de marzo de 2014.* Pág. 2 y 3.

[12] Cabe destacar que esta resolución estuvo precedida por la resolución N° 68/304 de 14 de setiembre de 2014. En ella la Asamblea General convocó a trabajar en la elaboración de un marco jurídico multilateral para los procesos de restructuración de la deuda soberana. Contó con 144 votos a favor, 11 en contra y 41 abstenciones.

[13] Cfr. SHAW, Malcolm N. *International Law.* 6ª Edición. Cambridge: Cambridge University Press. 2012. Pág. 88. Cita en su favor las siguientes opiniones consultivas de la Corte: Legalidad del uso o amenaza del uso de armas nucleares, Sahara Occidental, Timor Oriental, Construcción del Muro y la sentencia del Caso Nicaragua.

que 136 Estados miembros votaron a favor de dicha resolución,[14] con 6 votos en contra[15] y 41 abstenciones.[16] Esas mayorías podrían ser indicativas de una costumbre[17] -por lo menos en ciernes- sin perjuicio de que no puede considerarse totalmente concluyente por sí misma. Incluso resulta interesante leer las declaraciones de los Estados que se abstuvieron e incluso los que votaron en contra, ya que en líneas generales no objetaron en dicha oportunidad la existencia de un derecho a reestructurar, sino que se cuestionó la idoneidad de la Asamblea General como ámbito para discutir esta temática.[18] Corresponde hacer la salvedad de Estados Unidos y Australia, que expresamente negaron la existencia de tal derecho;[19] Luxemburgo, hablando en representación de la Unión Europea, manifestó que "*la resolución contiene varias declaraciones que no reflejan fielmente las leyes ni las prácticas internacionales*", sin entrar en mayor detalle. Por el contrario, el representante de Uruguay, hablando en nombre de la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur) expresó destacó "*la importancia de haber identificado una serie de*

[14] Afganistán, Argelia, Angola, Antigua y Barbuda, Argentina, Armenia, Azerbaiyán, Bahamas, Bahrein, Bangladesh, Barbados, Belarús, Belice, Benin, Bhután, Bolivia (Estado Plurinacional de), Botswana, Brasil, Brunei Darussalam, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camboya, Camerún, República Centroafricana, Chad, Chile, China, Comoras, Congo, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Cuba, República Popular Democrática de Corea, República Democrática del Congo, Djibouti, República Dominicana, Ecuador, Egipto, El Salvador, Guinea Ecuatorial, Eritrea, Etiopía, Fiji, Gambia, Ghana, Granada, Guatemala, Guinea, Guyana, Haití, Honduras, Islandia, India, Indonesia, Irán (República Islámica del), Iraq, Jamaica, Jordania, Kazajstán, Kenya, Kiribati, Kuwait, Kirguistán, República Democrática Popular Lao, Líbano, Lesotho, Liberia, Libia, Madagascar, Malawi, Malasia, Maldivas, Malí, Islas Marshall, Mauritania, Mauricio, Mongolia, Montenegro, Marruecos, Mozambique, Myanmar, Namibia, Nauru, Nepal, Nicaragua, Níger, Nigeria, Omán, Pakistán, Palau, Panamá, Papua Nueva Guinea, Paraguay, Perú, Filipinas, Qatar, Federación de Rusia, Rwanda, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Samoa, Arabia Saudita, Senegal, Serbia, Seychelles, Sierra Leona, Singapur, Islas Salomón, Somalia, Sudáfrica, Sudán del Sur, España, Sri Lanka, Sudán, Suriname, República Árabe Siria, Tayikistán, Tailandia, Togo, Trinidad y Tabago, Túnez, Turquía, Turkmenistán, Tuvalu, Uganda, Ucrania, Emiratos Árabes Unidos, República Unida de Tanzanía, Uruguay, Vanuatu, Venezuela (República Bolivariana de), Viet Nam, Zambia, Zimbabwe.

[15] Canadá, Alemania, Israel, Japón, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Estados Unidos de América.

[16] Albania, Andorra, Australia, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Colombia, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Gabón, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, México, Mónaco, Países Bajos, Nueva Zelandia, Noruega, Polonia, Portugal, República de Corea, República de Moldova, Rumania, San Marino, Eslovaquia, Eslovenia, Suecia, Suiza, ex República Yugoslava de Macedonia.

[17] El representante de la República Árabe Siria oportunamente expresó: "*La reestructuración de la deuda soberana es un proceso bien establecido en el sistema financiero internacional. **Como un derecho soberano de todos los Estados Miembros, ese proceso debe estar protegido de las manipulaciones de las entidades depredadoras***" (destacado nuestro). En: ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Sexagésimo octavo período de sesiones. 107 ° sesión plenaria. Martes 9 de setiembre de 2014. Documentos oficiales (A/68/PV.107). Pág. 15.

Con respecto específicamente al valor jurídico de los principios enunciados en la Resolución N° 69/319, Sudáfrica y Singapur (ambos con voto favorable a la misma) indicaron que se tratan de principios voluntarios y no obligatorios. Págs. 9 y 17. Cabe destacar que Sudáfrica tuvo a su carago la presentación de la resolución en nombre del Grupo de los 77 y China.

[18] Ver a vía de ejemplo los argumentos de Estados Unidos y Japón en 2014. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit. Pág. 5 y 6. Estados Unidos, sin embargo, sí refutará la existencia del derecho a reestructurar al volverse a discutir el tema en 2015 (ver nota al pie siguiente).

[19] La representante de los Estados Unidos expresó: "*No obstante, los principios básicos propuestos sobre los procesos de reestructuración de la deuda soberana son problemáticos en varios aspectos, incluido **un lenguaje que podría interpretarse en el sentido de que reconoce cierto derecho a la reestructuración de la deuda soberana, que no existe***." (pág. 11; destacada nuestro). Por su parte, el representante de Australia indicó: "*Con respecto a la resolución 69/319, Australia no respalda el principio 1, que podría interpretarse en el sentido de que los países tienen el derecho unilateral de reestructurar su deuda. Consideramos que toda reestructuración de la deuda debe ser el resultado de la negociación y el acuerdo mutuo entre deudores y acreedores*." (pág. 11)

principios que, según el derecho internacional, ya rigen toda reestructuración de deuda soberana ***en tanto principios generales del derecho o normas consuetudinarias.*** *Sin lugar a dudas, es un gran aporte que esta Asamblea General está haciendo al compilar y codificar dichos principios básicos, ya que esto resultará de gran utilidad para avanzar en las discusiones sobre el establecimiento de un marco jurídico multilateral que los haga aún más efectivos."*[20]

En quinto lugar, y en la misma línea, pero proveniente de otro órgano de las Naciones Unidas, debe destacarse la resolución N° 27/30 del Consejo de Derechos Humanos de 23 de setiembre de 2014[21]. En sus fundamentos reconoce "*el derecho soberano de todo Estado a reestructurar su deuda soberana, que no debe verse frustrado ni obstaculizado por ninguna medida procedente de otro Estado*". Corresponden similares consideraciones que las vertidas respecto a la declaración de las distintas organizaciones internacionales, pero con el importante adicional del reconocimiento del derecho a reestructurar y de la vinculación que realiza entre reestructura y derechos humanos.

Esta resolución tuvo a su vez como antecedente el Informe del experto independiente Cephas LUMINA, en la cual se enumeraron una serie de principios que regulan el equilibrio entre deuda externa y derechos humanos, en el cual se destacó que, sin perjuicio de la obligación del Estado de cumplir con sus obligaciones de pago de sus deudas, determinadas circunstancias justifican "*la modificación de las obligaciones recíprocas del Estado deudor y sus acreedores*"; llegando a afirmar que es un deber del Estado renegociar su deuda cuando el pago de esta merma su capacidad de cumplir las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.[22]

En virtud de los hechos antes referidos, entendemos que existen elementos importantes en respaldo de la existencia de una costumbre jurídica que consagra el derecho de todo Estado a reestructurar su deuda soberana. La práctica material y conciencia de su obligatoriedad jurídica, estarían dados por las diversas reestructuras realizadas (especialmente en los últimos 20 años),

[20] Pág. 15.
[21] Fue aprobada con el voto afirmativo de 33 Estados, con 9 abstenciones y 4 votos en contra.
[22] Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. *Informe del experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, Cephas Lumina. Principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos*. A/HRC/20/23. 10 de abril de 2011. Pág. 18.

con amplios apoyos de Estados[23] y Organizaciones Internacionales a los Estados que emprenden los procesos.[24] Es que, si bien pueden registrarse objeciones respecto a la forma o modalidad de reestructura, en líneas generales ("…*generalmente aceptada*…") el derecho del Estado reestructurador no es objetado; incluso podríamos encontrar fundamentos más antiguos en cuanto a la existencia de esta práctica, en el ámbito de la Comisión de Derecho Internacional.[25] Las resoluciones de la Asamblea General y la del Consejo de Derechos Humanos sin duda abonan esta tesis, y se destacan por contener el reconocimiento expreso del derecho a reestructurar.

Complementariamente, no sólo es dable constatar que el derecho a reestructurar no es en general objetado sino que, por el contrario, se registran fuertes protestas de la comunidad internacional cuando de alguna forma se impide a un Estado reestructurar su deuda o se obstaculiza dicha reestructura. Esto ha resultado particularmente importante en el caso de Argentina y el Juez de Nueva York, Thomas Griesa. Lo anterior vendría a demostrar la conciencia de la obligatoriedad jurídica en relación a la no realización de actos por parte de terceros Estados que afecten o perjudiquen el derecho de un Estado de reestructurar su deuda (en términos de la Resolución N° 69/319 *"no debe verse frustrado ni obstaculizado por medidas abusivas"*)

En caso de entenderse que no se ha consolidado aún la norma consuetudinaria, las resoluciones de la Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos podrían ser consideradas el puntapié

[23] En ocasión de presentar su Amicus Curiae en defensa de Argentina, Brasil reconoció la existencia de un "sistema internacional de reestructuración de deuda soberana" al que calificó de "informal pero efectivo". Si bien no refiere a una costumbre jurídica establecida, la duda queda planteada en cuanto a si no sería ese el fundamento implícito de la afirmación brasileña. Cfr. *Brief of the Federative Republic of Brazil as Amicus Curiae in support of petitioner. REPUBLIC OF ARGENTINA, Petitioner, v. NML CAPITAL, LTD., et al., Respondents.On Petition for a Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit. Supreme Court of the United States*. Pág. 14.

[24] Además de las organizaciones internacionales ya nombras, se podría sostener que hasta el Fondo Monetario Internacional al realizar en 2002 su propuesta de creación de un marco jurídico internacional que regular el procedimiento de reestructuración de deuda implícitamente reconoce el derecho del Estado a emprender tal reestructuración cuando la deuda deviene insostenible. Ver KRUEGER, Anne. "*A New Approach To Sovereign Debt Restructuring*". Washington: International Monetary Fund. 2002. Pág. 1 a 47.

[25] En 1956, en las denominadas bases para la discusión sobre la responsabilidad de los Estados por daños causados en sus territorios a las personas o bienes de los extranjeros se estableció: "*El Estado incurre en responsabilidad si mediante una disposición legislativa, aun sin desconocer una deuda, suspende o modifica el servicio de ella en todo o parte**, salvo que se vea forzado a ello por necesidades financieras.***" *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1956, vol. II. Pág. 220; el destacado es nuestro. Si bien es cierto que no necesariamente la hipótesis encuadra exactamente con la aquí analizada, no puede ignorase la importancia de la excepción a la responsabilidad internacional que allí se establecía; en efecto, esa disposición reconocía expresamente el derecho del Estado a modificar su deuda con un extranjero cuando las necesidades financieras así lo imponían. Sirva por tanto para fundamento de la posición aquí sustentada.

inicial para la cristalización de una costumbre ("*in status nascend*i"), conforme al razonamiento de la CIJ en el Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte.[26]

b. El derecho a reestructurar como principio general de derecho

Entendemos que el fundamento del derecho de todo Estado a reestructurar su deuda también podría encuadrarse como un **principio general de derecho reconocido por los principales sistemas jurídicos**. En palabras de JIMENEZ DE ARÉCHAGA, esta fuente refiere a"*esos preceptos básicos y fundamentales del derecho positivo. (…) Si bien han surgido y evolucionado para regir relaciones jurídicas entre particulares, reflejan de tal modo los sentimientos básicos de justicia y equidad natural que, cuando son aplicables, deben sin ningún género de dudas utilizarse también para regir las relaciones entre Estados."*[27] Y agrega que *"mediante la obra paralela, separada e independiente de los Estados, en su esfera interna, van surgiendo principios fundamentales de derecho, que reflejan las reglas básicas de justicia aceptadas por las comunidades jurídicas y tales principios, cuando son comunes a los principales sistemas jurídicos, son también reglas positivas de Derecho Internacional*."[28]

La Corte ha acudido a esta fuente en diversas ocasiones,[29] reafirmando la idea de que no se trata de aplicar el derecho interno de un determinado Estado, sino de encontrar un principio que sea generalmente reconocido en los distintos derechos internos.[30]

En tal sentido, parece razonable afirmar que la mayoría de los sistemas jurídicos internos reconocen el derecho de los deudores (en general) a reestructurar sus pasivos, cuando existen situaciones de insolvencia o falta de liquidez, que impida que cumpla con sus obligaciones sin una quita, una espera o ambas. La existencia de estos mecanismos, de quiebra, concordato,

[26] Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, Dinamarca y Noruega. ICJ Reports, 1969, pág. 38.
[27] JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit. Pág. 218.
[28] JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit. Pág. 219.
[29] SHAW identifica los siguientes casos en los cuales la CIJ o su antecesora (la Corte Permanente Internacional de Justicia) aplicó esta fuente: Caso Fábrica de Chorzow, Caso Colonos alemanes en Polonia, Caso Canal de Corfú, Caso Tribunal Administrativo, Caso de la Convención del Genocidio, Caso sobre el Derecho de Paso, Caso del Templo, Caso Barcelona Traction, entre otros. Cfr. SHAW, Malcolm N. Ob. cit. Pág. 100-105
[30] Cfr. SHAW, Malcolm N. Ob. Cit. Pág. 105.

concurso de acreedores, reorganización empresarial, etc. son fácilmente constatables en el Derecho Comparado.[31]

Por lo tanto, podría intentar ensayarse una fundamentación en base a la existencia de un principio general por el cual todo deudor tiene derecho a un nuevo comienzo o "*fresh start*", cuando su deuda se ha vuelto insostenible.[32] En este sentido, RAFFER sostiene que todos los procedimientos de insolvencia que regulan los derechos internos buscan balancear el derecho de los acreedores a ver satisfechos sus créditos y el derecho del deudor a no comprometer su propia existencia por el sólo hecho de pagar sus deudas.[33]

Respecto a este punto, y como argumento en contra de la existencia del derecho a reestructurar como un principio general en el ámbito internacional, se podría sostener que cuando los ordenamientos jurídicos internos reconocen ese derecho, lo hacen dentro de un esquema más complejo y completo, en donde el deudor puede ser llevado a un proceso judicial colectivo, en el cual todos los acreedores "se sientan a la mesa" con el deudor y un tercero (el juez) a resolver la situación. Dicha circunstancia no se encuentra aun prevista en el Derecho Internacional. La United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) dio cuenta de las limitaciones que podría tener la pretensión de utilizar herramientas legales de derecho interno a casos de deuda soberana, para finalmente concluir que igualmente puede servir como una guía importante de los procesos de reestructuración.[34]

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que la ausencia de un mecanismo internacional que garantice los derechos de los acreedores, no debe llevarnos a negar la existencia del derecho a reestructurar. En efecto, el ordenamiento jurídico internacional no ha logrado alcanzar una

[31] RASMUSSEN esboza la comparación en esta materia entre derecho interno e internacional. RASMUSSEN, Robert K. "Sovereing debt restructuring, odious debt and the politics of debt relief" en Quereshi, Asif H. y Gao, Xuan (editores) *International Economic Law. Critical concepts in law. Volumen II. International Monetary and Financial Law.* Routledge Taylor and Francis Group. Pág. 265.
[32] Cfr. RASMUSSEN, Robert K. Ob. cit. Pág. 262.
[33] RAFFER, Kunibert. *Deuda externa y procedimiento de arbitraje internacional*. Sin fecha. El autor sostiene que "*en una situación de sobreendeudamiento, el derecho del acreedor a recibir los pagos colisiona con el principio universalmente reconocido (no sólo en el caso de deudas) por todos los sistemas legales civilizados, de que nadie debe ser forzado a cumplir un contrato si eso le conduce a una situación inhumana, si pone en peligro la vida o la salud, o si viola la dignidad humana."* Pág. 15. Destacado nuestro.
[34] UNCTAD, *Trade and development report, 1986*. New York: 1986. También KRUEGER plantea las semejanzas y las limitaciones de las leyes internas y su aplicación a casos de deuda soberana. KRUEGER, Anne. Ob. cit. Pág. 11.

jurisdicción obligatoria en una amplia variedad de temas, respecto de los cuales los Estados no están obligados a plantear sus controversias ante un foro determinado; sin embargo, esa ausencia de jurisdicción no trae aparejada la negación de los derechos de esos Estados. En Derecho Internacional la ausencia de un foro competente y obligatorio en el cual reclamar por violación a un derecho, no equivale a la negación del mismo, sino que se trata de una circunstancia propia del sistema, en función de sus características y evolución histórica.

En consecuencia, aun cuando no exista una instancia internacional de ejecución colectiva contra el Estado, consideramos que igualmente puede aceptarse la existencia de un principio general de derecho que reconocen los principales sistemas jurídicos, y que trasladado al Derecho Internacional determinaría el reconocimiento a favor del Estado deudor del derecho a reestructurar su deuda y la obligación de los restantes Estados de abstenerse de realizar acciones que puedan frustrar el ejercicio de tal derecho.[35]

Para finalizar con este punto, consideramos interesante que se analizara las legislaciones internas de los Estados en materia de insolvencia de sus entidades territoriales subnacionales (Estados, Provincias, Municipios, Regiones, Departamentos). Sin perjuicio de la diferencia entre dichos entes y los Estados soberanos, ciertas soluciones que los Estados aplican a su interior en relación a la reestructura de la deuda de dichas entidades, podrían ser consideradas manifestaciones de principios de derecho generalmente admitidos. En ese sentido, la legislación interna de los Estados Unidos podría ser de interés relevante.[36]

c. Fundamento último del derecho a reestructurar

[35] A este respecto, GOLDMANN sostiene que existe un principio emergente en Derecho Internacional que obligaría a los tribunales nacionales e internacionales a abstenerse de dictar medidas judiciales hasta tanto no se concluya el proceso de reestructura. Cfr. GOLDMANN, Matthias. "Sovereign Debt Crises as Threats to the Peace: Restructuring under Chapter VII of the UN Charter?" en *Goettingen Journal of International Law* 4 (2012) 1. Pág. 164 y cita jurisprudencia en apoyo de su opinión. Por su parte, Schwarcz plantea la existencia de un "principio universalmente reconocido" en materia de leyes de bancarrota y reorganización en cuanto a la obligatoriedad de las medidas de reestructuración de pasivos, cuando las mismas han sido aceptadas por mayorías calificadas de acreedores. Cfr. SCHWARCZ, Steven L. "Idiot´s Guide to sovereign debt restructuring" in *Emory Law Journal*, Vol. 53. Pág. 1212.

[36] Ver RAFFER, Kunibert. Ob. cit. Pág. 20. También la UNCTAD plantea la conveniencia de analizar la legislación estadounidense en esa materia, a efectos de obtener soluciones replicables en el endeudamiento soberano. En igual sentido KRUEGER, Anne. Ob. cit. Pág. 12-13.

Ahora bien, sea que la fuente del derecho a reestructurar la ubiquemos en la costumbre o en los principios generales del derecho, entendemos que su fundamento último se encuentra en la propia naturaleza del Estado y la finalidad del Derecho Internacional como sistema de coordinación.

El Estado es una institución creada por los hombres con vocación de permanencia y trascendencia en el tiempo, de forma tal de ordenar la coexistencia entre quienes habitan su territorio; a lo cual, más modernamente, se agrega el rol que se le asigna a ese ente colectivo en cuanto a la promoción y defensa de los derechos humanos. Los seres humanos nos organizamos y conformamos al Estado porque tomamos conciencia de nuestra propia debilidad individual y que sólo organizándonos seremos capaces de satisfacer nuestras necesidades individuales y colectivas.

En esa dimensión, el Estado se relacionará con otros Estados, todos en un plano de igualdad, cada uno procurando, en mayor o menor medida, y con matices, la satisfacción de las necesidades de sus habitantes. En consecuencia, crean un sistema jurídico que rige el relacionamiento entre ellos, construyéndolo sobre la base del principio de igualdad soberana de los Estados.[37] Como sostiene SHAW, la razón de ser del Derecho Internacional Público continúa siendo la necesidad de regular la coexistencia entre entidades soberanas, sobre la base de un sistema "*State-oriented*", pues es en esas entidades en que los pueblos han depositado sus esperanzas, con fines de protección y luego con fines más amplios.[38]

En esa línea, es que el Estado (un Estado, cualquier Estado) podrá tener dificultades financieras, podrá cesar en el pago de su deuda, pero no podrá "quebrar" como quiebra un privado; no se podrán ejecutar sus bienes y liquidar su patrimonio, como se hace con un deudor privado,[39]

[37] Artículo 1.2 de la Carta de las Naciones Unidas
[38] SHAW, Malcolm N. Ob. cit. Pág. 44-45.
[39] Como sostuvo Francia en su Amicus Curiae, "*Sovereigns cannot be liquidated, their assets cannot be distributed to creditors in accordance with a bankruptcy ladder of priorities, and restructuring terms cannot be enforced by a court or supranational regulatory authority.".* Ob. cit. Pág. 14. UGARTECHE y ACOSTA por su parte expresan que "*los países no quiebran dado que no pueden ser intervenidos directamente; los activos no pueden ser rematados, la gerencia no puede ser cambiada y no pueden ser liquidados. Es decir, un Estado no es una empresa en marcha, sino otra cosa; un ente soberano cuyo propósito es perpetuarse, y por eso no puede quebrar aunque cese pagos y tenga dificultades de balanza de pagos o presupuestales."* UGARTECHE, Oscar; ACOSTA, Alberto. "Los problemas de la economía global y el tribunal internacional de arbitraje de deuda soberana" en *Polis. Revista Latinoamericana.* N° 13. 2006. Pág. 4.

porque la diferencia ontológica entre éste y el Estado es patente: el Estado trasciende fines individuales y tiene vocación de permanencia, a efectos de satisfacer esas necesidades colectivas que surgen en toda sociedad humana asentada en un espacio geográfico determinado y organizada políticamente; es a esa entidad personificada a quienes los habitantes le reclamarán la satisfacción de sus derechos humanos a través de de ciertos servicios.[40]

El Estado, a pesar de la aparición de nuevos actores en el sistema internacional, sigue siendo por lejos el sujeto el centro primario de la actividad social de la Humanidad y, en por tanto, del Derecho Internacional.[41]En consecuencia, pretender que los propios Estados que conforman la comunidad internacional nieguen a un par que se encuentra en una situación tal en donde la reestructura de la deuda es inevitable parece difícil de aceptar; los Estados se garantizan recíprocamente ese derecho a continuar existiendo como tal, a continuar ejerciendo sus potestades soberanas en su territorio y sobre su población. En caso contrario, estaríamos condenando a Estados por cuestiones económicas, y sometiendo a pueblos al poder financiero, sin que el Derecho Internacional otorgue las herramientas de defensa adecuadas, en lo que parecería ser una omisión contraria a el propio objeto de dicho ordenamiento interestatal.[42]

Debemos recordar que la finalidad del Derecho Internacional Público no es garantizar el cobro de deudas privadas, sino primordialmente lograr la paz y seguridad internacional entre los Estados.[43] En consecuencia, y sin perjuicio de los derechos que puedan asistir a los acreedores privados, entendemos que consagrar la existencia de un derecho del Estado a reestructurar su deuda soberana cuando la misma deviene insostenible y pone en riesgo la estabilidad interna y la satisfacción de los derechos humanos en su territorio, contribuye a cumplir con la finalidad del

[40] GOLDMANN, Matthias. Ob. cit. Pág. 158
[41] Cfr. SHAW, Malcolm N. Ob. cit. Pág. 197.
[42] Cfr. UGARTECHE, Oscar y ACOSTA, Alberto, quienes afirman: "*La viabilidad de los países deudores no puede estar jaqueada por condiciones económicas que llevan a la población al desempleo, la migración, la informalidad y la violencia. El objeto de la economía es el bienestar de la población y, el de la justicia, asegurar que esto ocurra*." Ob. cit. Pág. 17.
[43] Como sostuvo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA en conceptos referidos a la protección diplomática pero perfectamente trasladables al tema que nos ocupa, "*la perfecta protección de las inversiones extranjeras no constituye la meta ni la ratio legis de las reglas del Derecho Internacional general en la materia. Los intereses que se tienen en cuenta y se protegen por dichas reglas no son los de los individuos, sino los de los Estados en el mantenimiento de un sistema de equilibrio que, por una parte, confiera un cierto grado –reconocidamente limitado- de protección a los intereses extranjeros y, por otro, respete la soberanía y la jurisdicción interna del Estado territorial*". JIMENEZ DE ARÉGCHAGA, Eduardo. "La nacionalidad y la situación de los extranjeros" en Jiménez de Aréchaga, Eduardo; Arbuet-Vignali Heber; Puceiro Ripoll, Roberto. *Derecho Internacional Público. Principios - Normas - Estructura*. Tomo 2.Montevideo: FCU. 2008. Pág. 383.

Derecho Internacional.[44] La vinculación entre la reestructuración de las deudas soberanas y el cumplimiento de los fines y principios de la Carta de las Naciones Unidas fue reconocida por la Asamblea General.[45]

Por otra parte, y complementario a lo anterior, no debe olvidarse que el Estado tiene la obligación de proteger a quienes habitan en su territorio.[46] Si dicha protección exige reestructurar su deuda soberana, parece cuestionable sostener que el ordenamiento jurídico internacional se lo niegue. Esto se vuelve especialmente trascendente cuando están en juego los derechos humanos de la población,[47] y de ahí que se afirme que el Estado tiene el derecho de reestructurar su deuda, o incluso el deber de hacerlo si ello es necesario para mantener la primacía de los derechos humanos.[48] También podría analizarse el derecho a reestructurar en conexión con el llamado el derecho al desarrollo[49] y con la propia sostenibilidad ambiental del Estado endeudado.[50] Finalmente, resulta interesante la relación que cierta doctrina ha trazado entre el problema de la sostenibilidad de la deuda y el mantenimiento de la paz y seguridad internacional.[51]

d. Límites del derecho a reestructurar

Reconocido el derecho de los Estados a reestructurar sus deudas soberanas, ¿cuáles son los límites a tal derecho? Por lo pronto, entendemos que pueden postularse los siguientes:

[44] RAFFER afirma que "*aún cuando los derechos del acreedor sean reconocidos como legítimos y legales, la insolvencia no permite que los acreedores de buena fe cobren sus créditos a base de violar los derechos humanos de los endeudados*." RAFFER, Kunibert. Ob. cit. Pág. 15.
[45] Resolución N° 68/304.
[46] La Resolución N° 27/30 del Consejo de Derechos Humanos establece, citando la Declaración del G77 más China, "*la importancia de no permitir que los fondos buitre paralicen las actividades de reestructuración de la deuda de los países en desarrollo ni priven a los Estados de su derecho a proteger a su pueblo conforme al derecho internacional".* La misma se basa en lo expuesto por el experto independiente. Ob. cit. Pág. 6. También el representante de Bolivia, encargado de presentar ante la Asamblea General el proyecto de lo que sería la resolución N° 68/304, al referirse a los fondos buitres manifestó que "*estos fondos no pueden tener prioridad sobre el derecho de un Estado a proteger a su pueblo en virtud del derecho internacional*". ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Ob. cit. Pág. 3. En igual sentido UGARTECHE, Oscar; ACOSTA, Alberto. Ob. cit. Pág.16.
[47] Cfr. GOLDMANN, Matthias. Ob. cit. Pág. 165. Pág. 3.
[48] Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit. Pág. 17.
[49] Cfr. Resolución de la Asamblea General N° 68/202 "*Reafirmando que cada país tiene la responsabilidad primordial de su propio desarrollo y que nunca se insistirá lo suficiente en la importancia de las políticas y estrategias de desarrollo nacionales, incluso en la esfera de la gestión de la deuda, para lograr el desarrollo sostenible*." Durante el transcurso de la deliberación sobre la Resolución N° 68/304, el representante de Brasil hizo especial hincapié en la relación entre deuda y desarrollo. Pág. 11.
[50] Cfr. RAFFER, Kunibert. Ob. cit. Pág. 22.
[51] GOLDMANN, Matthias. Ob. cit. Pág. 153-175.

(i) La reestructuración debe ser hecha de buena fe por el Estado. Todo sistema jurídico, nacional e internacional, se base en el principio de buena fe en su cumplimiento[52], y la reestructuración de deudas no puede ser la excepción. Es dable reconocer que proclamar la existencia de un derecho irrestricto a reestructurar puede dar lugar a abusos por parte de los Estados deudores, que podrían verse tentados a sobreendeudarse con la esperanza de obtener luego mejoras en las condiciones de la deuda.

En esa línea, parece importante destacar uno de los considerandos de la Resolución de la Asamblea General, cuando establece que "*el elemento central de los procesos de reestructuración de la deuda ha de ser la determinación de la capacidad real de pago…*"[53] y la necesidad de compartir las deudas insostenibles entre acreedores y deudores[54]. A vía de ejemplo, Francia ha expresado su opinión en cuanto a que la reestructuración debe basarse en un diálogo cercano y negociaciones justas entre los acreedores y el deudor soberano;[55] en el mismo sentido se expresa el Experto independiente del Consejo de Derechos Humanos.[56]

(ii) La reestructura debería respetar el principio de no discriminación en función de la nacionalidad de los deudores, en lo que sería una aplicación del principio de derecho interno "*pars conditio creditorum*".

(iii) Deberían existir condiciones objetivas y demostrables que justifiquen la reestructura de la deuda y la afectación de los derechos de los acreedores. El Estado que opta por reestructurar sus deudas debe estar objetivamente en condiciones económico-financieras que justifiquen la imposibilidad de cumplir sus obligaciones, en tanto dicho cumplimiento es, o bien materialmente imposible, o bien porque es posible pero sólo mediante sacrificios que resultan insostenibles de ser impuestos a la población.[57] En este sentido, una aproximación

[52] A vía de ejemplo, el principio de buena fe es mencionado en la Resolución N° 2625/XXV de la Asamblea General y la CIJ en el Caso de los Ensayos Nucleares, ICJ Reports 1974, p. 268.
[53] Resolución de la Asamblea General Nº 68/304.
[54] Resolución de la Asamblea General N° 68/202.
[55] Amicus Curiae. Ob. cit. Pág. 14.
[56] Cfr. Consejo de Derechos Humanos. Ob. cit. Pág. 18.
[57] Resulta a este respecto de plena vigencia la afirmación realizada por el tribunal arbitral que emitió el Laudo Caso Continental contra Argentina, y que bien puede trasladar al ámbito de la reestructuración de deuda soberana: "*no todos los sacrificios pueden imponerse a la población de un país a fin de salvaguardar una política determinada que garantizaría el pleno respeto de las obligaciones internacionales en el ámbito financiero*." *Laudo Caso Continental*. Continental Casualty / República Argentina. Laudo de 5 de setiembre de 2008. Caso Nº ARB/03/09. Párrafo 227.

desde el instituto del estado de necesidad[58] podría ser adecuada y con límites estrictos, a efectos de evitar abusos en la reestructura.

(iv) Parece razonable exigir un apoyo importante de los acreedores al proceso de la reestructura. [59] Así, el derecho a reestructurar no sería absoluto, sino que estaría condicionado a contar con un respaldo considerable de acreedores. Parecería arriesgado indicar un número exacto, pero tenemos claro que no podrá exigirse la unanimidad, pues eso implicaría negarle toda efectividad al derecho.[60]

Los principios consagrados en la resolución N° 69/319 recogen claramente estos postulados.

3. Conclusiones

El Derecho Internacional Público no puede permanecer ajeno a los procesos de reestructura de deuda soberana. Independientemente del origen que la deuda pueda tener[61] es discutible sostener que la comunidad internacional no se ha dado a la fecha reglas jurídicas respecto a dicha reestructura. Sin duda no se ha adoptado aún un tratado multilateral; pero existen otras fuentes a las cuales se puede apelar en busca de esas reglas.

En primer lugar, debe definitivamente descartarse la existencia de acreedores "cero riesgo"; en un sistema financiero internacional regido por las pautas capitalistas, no puede aceptarse que sean los deudores los únicos que sufran las consecuencias de las malas decisiones (que pueden ser tanto del que toma prestado, como del que presta), ni pretender que existan acreedores blindados contra la suerte de su deudor;[62] es incluso posible postular la existencia de un principio

[58] Sobre el concepto de estado de necesidad puede consultarse del autor: "El estado de necesidad como circunstancia que excluye la ilicitud en la responsabilidad internacional de los Estados" en *Revista de Derecho Público*, N° 47, 2015, Pág. 49-68.
[59] SCHWARCZ plantea la conveniencia de regular esta tema en una norma convencional que establezca "super-mayorías" de acreedores que aprueben la reestructura de la deuda. Cfr. SCHWARCZ, Steven L. Ob. cit. Pág. 1198. También lo hace KRUEGER, Anne. Ob. cit. Pág. 39.
[60] La importancia de la cantidad de acreedores que apoyen la reestructura fue especialmente destacada por Francia en el caso de Argentina. Ver Amicus Curiae. Ob. cit. Pág. 15-16.
[61] Lo cual da lugar a otra interesante discusión, respecto a la legitimidad de la llamada "deuda odiosa".
[62] Resolución de la Asamblea General N° 68/202, puntos 3 y 35 de la parte resolutiva. En igual sentido: RAFFER, Kunibert. Ob. cit. Pág. 21; LÓPEZ JIMÉNEZ, José María. "Un caso concreto de impago de deuda soberana: la retención en Ghana de una fragata argentina a petición de un fondo de inversión norteamericano" en *Revista eXtoikos*, Nº. 9, 2013, Pág. 24.

de responsabilidad compartida entre deudor y acreedor, por el cual ambos deben colaborar en evitar y resolver las situaciones de deuda insostenible.[63]

Quien opte por adquirir deuda soberana debe conocer las reglas de juego y saber que el Estado como deudor presenta sus riesgos; por un lado, los riesgos propios de cualquier deudor; por otro lado, los riesgos característicos de *este* tipo de deudor (uno dotado de soberanía) que tiene a su cargo el ejercicio del poder político (con sus correlativos deberes) sobre un conjunto de seres humanos, que determinará que en ciertas circunstancias deba proceder a reestructurar su deuda, a efectos de no postergar otras obligaciones de imposible postergación.

Admitir lo contrario puede llevar a cuestionarnos con qué finalidad la Humanidad ha pasado los últimos 60 años discutiendo sobre derechos humanos y su efectividad, si cualquier acreedor privado de un Estado puede hipotecar la concreción de los mismos. Debe, por tanto, buscarse un justo balance entre el Estado y los acreedores de la deuda, pero sin poner en riesgo el futuro de las colectividades. Como sostuvo el Premio Nobel de Economía Joseph Stiglitz, "*we need a fair and efficient sovereign debt restructuring mechanism for the same reasons that efficient capital markets depend on a balanced bankruptcy law. Too creditor-friendly, and there will be reluctance to borrow, and an inefficiently low level of credit, while lenders will have insufficient incentives to vet borrowers' creditworthiness. A law that is too borrower-friendly might have the opposite effect, also resulting in a shortage of credit.*"[64]

En segundo lugar, consideramos que existen elementos de peso, a partir de la práctica de los Estados y de los principios que surgen de sus derechos internos, como para sostener que la reestructuración de deuda ha adquirido el carácter de derecho reconocido por el Derecho Internacional. Evocamos las enseñanzas del ius-filósofo DWORKIN, quien analizando los fundamentos del Derecho Internacional sostuvo que "*si un número significativo de Estados, representativos de una población significativa, han desarrollado y acordado una práctica, por intermedio de un tratado o de otro forma de coordinación, entonces los otros Estados tienen por lo menos prima facie un deber de acompañar también dicha práctica, con la importante*

[63] Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit. Pág. 14.
[64] "The world needs a sovereign debt restructuring mechanism".

salvedad de que este deber se mantiene solamente si una práctica general respecto a ese tema, expandida de esa forma, aumentaría la legitimidad del Estado en cuestión y el ordenamiento jurídico internacional en su conjunto." [65] Si se entiende que los Estados que han abrumadoramente reconocido el derecho a reestructurar la deuda soberana han contribuido a aumentar la legitimidad del Derecho Internacional (y entendemos que efectivamente es así), entonces los restante Estados quedarían, de acuerdo a DWORKIN, *prima facie* obligados a seguir esa regla.

Finalmente, a la posición aquí sostenida se la podrá criticar desde el punto de vista económico sosteniendo que, reconociendo el derecho de los Estados a reestructurar su deuda soberana se introduce una incertidumbre que, en última instancia, supondrá un encarecimiento del crédito para los Estados que requieran capital. Desde ya nos adelantamos a que ese crítica – eventualmente válida desde el punto de vista económico, pero que tampoco es unánimemente aceptada [66] - no lograr atacar los argumentos de tipo jurídico aquí manejados. Sin duda la existencia de un tratado multilateral que regule el tema puede servir para brindar seguridad al asunto.

4. Bibliografía.-

DÍAZ INVERSO, Rodrigo. "El estado de necesidad como circunstancia que excluye la ilicitud en la responsabilidad internacional de los Estados" en *Revista de Derecho Público,* N° 47, 2015, Pág. 49-68.

DWORKIN, Ronald. "A New Philosophy for International Law" en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 41, N° 1, 2013. Pág. 2-30.

RASMUSSEN, Robert K. "Sovereing debt restructuring, odious debt and the politics of debt relief" en Quereshi, Asif H. y Gao, Xuan (editores) *International Economic Law. Critical*

[65] DWORKIN, Ronald. "A New Philosophy for International Law" en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 41, N° 1, 2013. Pág. 19.
[66] PANIZZA, Ugo; STURZENEGGER, Federico; ZETTELMEYER, Jeromin. Ob. cit. Pág. 692, relativizan el período de exclusión de un Estado que reestructura su deuda de los mercados de capitales, al tiempo que afirman que el aumento de costos en el acceso a nuevo capital, es cuantitativamente bajo y temporalmente corto.

concepts in law. Volumen II. International Monetary and Financial Law. Routledge Taylor and Francis Group. Pág. 259- 272.

GOLDMANN, Matthias. "Sovereign Debt Crises as Threats to the Peace: Restructuring under Chapter VII of the UN Charter?" en *Goettingen Journal of International Law* 4. 2012. Pág. 153-175.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. "Los principios generales del derecho reconocidos por los principales sistemas jurídicos, como fuente del Derecho Internacional" en Jiménez de Aréchaga, Eduardo; Arbuet-Vignali Heber; Puceiro Ripoll, Roberto. *Derecho Internacional Público. Principios - Normas - Estructura.* Tomo 1.Montevideo: FCU. 2005. Pág. 218-228

JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. "La nacionalidad y la situación de los extranjeros" en Jiménez de Aréchaga, Eduardo; Arbuet-Vignali Heber; Puceiro Ripoll, Roberto. *Derecho Internacional Público. Principios - Normas - Estructura.* Tomo 2.Montevideo: FCU. 2008. Pág. 355-396.

KRUEGER, Anne. "A New Approach To Sovereign Debt Restructuring". Washington: International Monetary Fund. 2002.

LÓPEZ JIMÉNEZ, José María. "Un caso concreto de impago de deuda soberana: la retención en Ghana de una fragata argentina a petición de un fondo de inversión norteamericano" en *Revista eXtoikos*, Nº 9. 2013. Pág. 21-26. Disponible en: http://www.extoikos.es/n9/pdf/4.pdf

PANIZZA, Ugo; STURZENEGGER, Federico; ZETTELMEYER, Jeromin. "The Economics and Law of Sovereign Debt and Default" in *Journal of Economic Literature 2009*, 47:3. Pág. 651–698. Disponible en: https://www.aeaweb.org/articles.php?doi=10.1257/jel.47.3.651

RAFFER, Kunibert. *Deuda externa y procedimiento de arbitraje internacional*. Sin fecha. Disponible en http://www.fes.org.ar/PUBLICACIONES/DeudaExt_Raffer.pdf.

SHAW, Malcolm N. *International Law* (6ª Edición). Cambridge: Cambridge University Press. 2012.

SCHWARCZ, Steven L. "Idiot's Guide to sovereign debt restructuring" in *Emory Law Journal*, Vol. 53. 2004. Pág. 1189-1218. Disponible en: http://test.iiiglobal.org/downloads/Members%20Articles%20and%20Publications/Idiots%20Guide%20to%20Sovereign%20Debt%20Restructuring%20%28Schwarcz%29%201371249_1.PDF

SITGLITZ, Joseph. "The world needs a sovereign debt restructuring mechanism". Disponible en: http://www.emergingmarkets.org/Article/3389531/JOSEPH-STIGLITZ-The-world-needs-a-sovereign-debt-restructuring-mechanism.html

UGARTECHE, Oscar; ACOSTA, Alberto. *"Los problemas de la economía global y el tribunal internacional de arbitraje de deuda soberana*" en Polis. Revista Latinoamericana. N° 13. 2006. Pág. 2-25. Disponible en: http://polis.revues.org/5393

5. Documentos citados.-

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Sexagésimo octavo período de sesiones. 107° sesión plenaria. Martes 9 de setiembre de 2014. Documentos oficiales (A/68/PV.107). Disponible en: http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/68/PV.107

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Sexagésimo octavo período de sesiones. 102° sesión plenaria. Jueves 10 de setiembre de 2015. Documentos oficiales (A/69/PV.102). Disponible en: http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/69/PV.102

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Resolución N° 68/202 de 20 de diciembre de 2013. Disponible en: http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/68/202

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Resolución N° 68/304 de 9 de setiembre de 2014. Disponible en: http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/68/304

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Resolución N° 69/319 de 9 de setiembre de 2014. Disponible en: http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/69/319

ASOCIACIÓN LATIONAMERICANA DE INTEGRACIÓN. Declaración de 21 de agosto de 2014 del XVII Consejo de Ministros de ALADI. Disponible en: http://www.aladi.org/nsfaladi/juridica.nsf/pdeclaracionesXVII

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956, vol. II. Disponible en:

http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes%28s%29/ILC_1956_v2_s.pdfw

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. *Informe del experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, Cephas Lumina. Principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos*. A/HRC/20/23.10 de abril de 2011. Disponible en:

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Resolución N° 27/30 de 23 de setiembre de 2014. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/27/L.26.

CUMBRE DE ESTADOS DE LATINOAMERICA Y EL CARIBE. Resolución de las Jefas y los Jefes de Estado y de Gobierno de América Latina y el Caribe de 29 de enero de 2015. Disponible en: http://www.embassyofargentina.us/fil/ckFiles/files/celac-enero-2015.pdf

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *Brief for the United States of America as Amicus Curiae in support of reversal.NML CAPITAL, LTD., AURELIUS CAPITAL MASTER, LTD., ACPMASTER, LTD., BLUE ANGEL CAPITAL I LLC, AURELIUS.ON APPEAL FROM THE UNITED STATES DISTRICT COURTFOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. 4 de abril de 2012*. Disponible en: http://www.embassyofargentina.us/fil/ckFiles/files/Apoyo%20Internacional/us-amicus-curiae-brief-4-de-abril-de-2012.pdf

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Resolución de la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores RC.28/DEC. 1/1, de 3 de julio de 2014. Disponible en: http://www.embassyofargentina.us/fil/ckFiles/files/Apoyo%20Internacional/resolucionoea.pdf

REPÚBLICA DE FRANCIA. *Brief of the Republic of France as Amicus Curiae in support of petitioner.REPUBLIC OF ARGENTINA, Petitioner, v. NML CAPITAL, LTD., et al., Respondents.On Petition for a Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit.Supreme Court of the United States. 24 de marzo de 2014.*Disponibleen: http://www.embassyofargentina.us/fil/ckFiles/files/Apoyo%20Internacional/franciaamicus-marzo2014.pdf

REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL. *Brief of the Federative Republic of Brazil as Amicus Curiae in support of petitioner.REPUBLIC OF ARGENTINA, Petitioner, v. NML CAPITAL, LTD., et al., Respondents.On Petition for a Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit.Supreme Court of the United States.24 de marzo de 2014.* Disponible en: http://www.embassyofargentina.us/fil/ckFiles/files/Apoyo%20Internacional/amicus-brasil.pdf

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Trade and development report, 1986. New York: 1986. Disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/tdr6_en.pdf

6. Casos citados.-

Corte Internacional de Justicia. Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, Dinamarca y Noruega. ICJ Reports, 1969, p. 38.

Corte Internacional de Justicia. Caso de los Ensayos Nucleares (Australia v. Francia), ICJ Reports 1974, p. 253.

Corte Internacional de Justicia. Caso Actividades paramilitares en y contra Nicaragua. (Nicaragua v. Estados Unidos de América). Sentencia. I.C.J. Reports 1986, p. 14.

Corte Internacional de Justicia. Inmunidades de jurisdicción del Estado. (Alemania v. Italia: Intervención de Grecia), Sentencia, I.C.J. Reports 2012, p. 99.

Laudo Caso Continental. Continental Casualty / República Argentina. Laudo de 5 de setiembre de 2008. Caso CIADI Nº ARB/03/09.