

DEUDA SOBERANA CONTRA ESTADO DE BIENESTAR A LA LUZ DE LA DOCTRINA DRAGO

Por Héctor Fernández

En nuestra historia reciente se destaca el estallido social de principios de la década. A poco que busquemos las causas nos encontraremos con un modelo económico que muestra una primera fase de aparente bonanza, que provoca cierta adhesión y contiene el pensamiento crítico, para luego desnudar sus miserias, con inmediatas consecuencias: aumento de la desocupación y la pobreza, destrucción del aparato productivo y degradación de la soberanía política. Este modelo en el aspecto financiero se basa en el recurso al crédito externo, en tiempos de sobrantes de liquidez internacional, cuyo repago exige el alineamiento especialmente en lo referente a política económica, con recetas restrictivas del gasto público y contracción del crédito interno. Seguir tales políticas consolida el círculo vicioso que lleva a mas y mas dependencia del crédito externo, toda vez que en el proceso de endeudamiento no solo crece el pasivo sino que se destruyen las fuentes de riqueza. Ante este panorama los Estados nacionales se encuentran a merced del poder financiero transnacional, y nuestro país conoce bien de las dificultades de encarar en soledad una salida ante una disparidad tan grande de fuerzas.

Sin embargo, la crisis internacional del año 2008 y sus secuelas, hicieron centro en las primeras potencias de occidente, creando un escenario novedoso para lograr consensos en el plano internacional. Este escenario es propicio para analizar la posición argentina desde la declaración de Luís María Drago en 1902 hasta el reciente canje de deuda.

CORPORACIONES CONTRA. ESTADO

Una rápida mirada histórica da cuenta de la regularidad con que se producen tensiones y acomodamientos en las relaciones de poder entre los agentes económicos privados y los Estados nacionales.

Tomando como un hito el desarrollo de la llamada *lex mercatoria* a partir del siglo XII en las ciudades del norte de la actual Italia, podemos observar como ante Estados débiles se imponen las corporaciones de comerciantes y logran el reconocimiento de un derecho especial forjado por los mismos mercaderes a partir de sus costumbres plasmadas en la jurisprudencia elaborada por los tribunales integrados por ellos mismos. Así consiguen un derecho especial cuyo legislador y juez es el propio comerciante, inmune al control del poder político.

Hacia el siglo XVII comienzan a consolidarse los Estados nacionales y es en Francia donde se sistematizan las primeras regulaciones sobre el comercio en 1683 mediante las Ordenanzas de Colbert, al amparo de un régimen absolutista y poderoso como lo fue el de Luis XIV.

Un siglo después, en 1791 se dicta el decreto de supresión de las corporaciones por considerarlas incompatibles con las ideas de igualdad y libertad que se imponen a partir de la Revolución, consagrándose la objetivización del derecho comercial ya que ahora es el Estado quien legisla y juzga sobre actos de comercio. El ejemplo francés se extiende por Europa continental y así los distintos países no tardan en dictar Códigos que regulan las relaciones mercantiles: España en 1828, Portugal en 1883, Holanda en 1838 e Italia en 1882; mientras que en América se destaca la regulación de nuestro país en 1862 seguida por la de Brasil en 1882.

Y este proceso de evolución llega a su cenit luego de la crisis del año 1929. La debacle de los mercados financieros y su profundo efecto sobre la economía, dan paso en los EEUU a la política del *New Deal* mediante una serie de regulaciones de la actividad económica, particularmente importante en lo que refiere a bancos y mercados financieros: creación del seguro de depósito bancarios, fundación de la Security Exchange Comisión (SEC), sanción de la ley Glass – Steagall que divide la banca en comercial y de inversión, etc. Reflejo de esta nueva situación también en nuestro país crece el derecho que regula las relaciones económicas, mediante el dictado de numerosas leyes, entre las que destaca la de creación del Banco Central.

De este modo, con los Estados nacionales ya definidos y ante la relativa debilidad de los agentes económicos producto del estallido de la crisis, se configura un derecho económico donde el Estado se erige como regulador y supervisor de las actividades económicamente relevantes, tales como las de los bancos, seguros y bolsa.

Pero a medida que la crisis en occidente va cesando en sus efectos, las corporaciones privadas vuelven por sus fueros. Así con el correr del siglo se consolida el poder de un nuevo mercader que procura sustraerse a la regulación y supervisión del Estado, promoviendo la ideología de la autorregulación, el respeto irrestricto a la autonomía de la voluntad como fuente de derecho y del arbitraje privado como método de resolución de conflictos. Y en la era de la economía globalizada, la acumulación vertiginosa de capitales sin control, se tornan en máximamente especulativos, mas aún con la sanción en los EEUU de la *Financial Services Modernization Act*, también conocida como Ley Gramm-Leach-Bliley de 1999, que pone fin a la división en ese país entre banca de depósito y banca de inversión.

Las dimensiones de los agentes financieros provocan la subordinación de los Estados nacionales, llegando a nuestros días en que se acepta sin extrañeza que el destino económico de los países se vea afectado por las calificaciones que sobre su capacidad de pago realizan instituciones privadas, al tiempo que en muchos casos esos mismos Estados se endeudan para recurrir al salvataje de las instituciones financieras.

Así como los revolucionarios franceses entendieron que abolir las corporaciones era necesario y coherente con los principios de igualdad y libertad que declamaban, es necesario ahora reconocer que los Estados deben tener como fin último el desarrollo humano, y en pos de ello consensuar con sus pares en el concierto internacional instrumentos jurídicos de cobertura y salvaguarda de su soberanía económica frente al problema generalizado de imposibilidad de pagos de la deuda.

LA DEUDA DE LOS ESTADOS NACIONALES

El desarrollo del capitalismo se dio de la mano del reconocimiento de la limitación de la responsabilidad de quienes encaraban negocios en búsqueda de ganancias. Primero bajo la modalidad de la sociedad en comandita y luego con la estructura de la sociedad anónima, los distintos Estados de occidente fueron permitiendo y fomentando el desarrollo de emprendimientos sin comprometer la universalidad del patrimonio de sus beneficiarios. Además, en caso de atravesar situaciones críticas que no le permitan al comerciante cancelar sus deudas corrientes, se previeron mecanismos de protección que impiden la agresión patrimonial por parte de los acreedores durante un plazo de renegociación establecido en la ley.

Mas allá del acierto o no, la concesión de estos instrumentos jurídicos encierra una paradoja, porque privilegia la preservación de la propiedad de los bienes del empresario que se endeuda tras la búsqueda de ganancias, mientras que no existe nada similar a favor de los propios Estados, cuyo fin último debe ordenarse a utilización de recursos para el desarrollo de su población.

Así las cosas, el empresario privado no solo puede sectorizar su riesgo sino también pedir la intervención del Estado por vía de los jueces competentes para renegociar sus deudas, al amparo de las leyes de insolvencia. Pero los Estados nacionales ante problemas de iliquidez no disponen de ningún mecanismo establecido y aceptado por la comunidad internacional al que recurrir, solo le queda negociar sin ningún paraguas legal, quedando vulnerable y a merced de los intereses financieros.

El caso argentino es un buen ejemplo. Luego de haber engrosado la deuda pública hasta llegar a un esquema donde los nuevos créditos no alcanzaban para cancelar los intereses de los anteriores, a falta de refinanciación se cae en un inevitable incumplimiento. La posterior decisión de renegociación y la abrumadora aceptación del canje de la deuda del año 2005, debieron resultar suficientes en el

marco de cualquier proceso llevado en términos de leyes de insolvencia. Sin embargo, la carencia de un marco jurídico internacional de contención de esta problemática, trae como consecuencia que el país no pueda deshacerse de los ataques de los fondos especulativos, los cuales mas hostiles se tornan cuanto mas son los restantes tenedores de deuda que ingresen en el canje, a lo que se suma la incertidumbre sobre los bienes que resultan embargables y la humillación de que eso lo decidan jueces conforme doctrinas de potencias extranjeras (ej. la llamada doctrina del *alter ego*).

Pero considerando los acontecimientos que hoy padecen países centrales, cuyas deudas perdieron toda escala humana y que son solo cuantificables en abstracto, es dable esperar una mayor receptividad y unión de las naciones para avanzar en normas concretas de protección de sus patrimonios, así como mecanismos específicos para la superación de crisis financieras.

Desde el plano teórico no es novedad la elaboración de propuestas que tomen como ejemplo las legislaciones sobre quiebras privadas para abordar la cuestión de las crisis financieras de los Estados. Básicamente de lo que se trata es de disponer de un procedimiento que permita a los Estados renegociar su deuda en forma colectiva, con la previsión de plazos durante los cuales los acreedores se encuentren impedidos de agredir el patrimonio del Estado deudor.

En este sentido, las propuestas se encaminan a encontrar una institución internacional que actúe como interlocutor entre el Estado deudor y los tenedores de bonos (FMI, Krueger, 2002), hasta soluciones convencionales a partir de las cuales las emisiones de bonos con cláusulas de contingencia, que prevean los casos en que el Estado deudor pueda declarar la cesación unilateral de pagos (ej. merma en precio o volumen de exportaciones), y de acción colectiva, mediante las cuales se limite la acción de los tenedores individuales ante una negociación que incluya a la mayoría de los bonistas.

Sin embargo, en este paralelo que se pretende establecer con la solución vigente para la insolvencia de agentes privados, se presenta el límite de la soberanía

política de los Estados, con lo cual cualquier mecanismo de intermediación supranacional que se diseñe no alcanzará para resolver la situación cuando no se alcance un acuerdo general con los bonistas durante el plazo previsto de negociación, porque, nada enerva la imposibilidad de liquidar el patrimonio de los países deudores, total o parcialmente bajo ninguna circunstancia.

ACTUALIDAD DE LA DOCTRINA DRAGO

No es un dato menor el hecho que fueron juristas de nuestro país quienes tuvieron una importancia capital en la conformación de un derecho internacional tendiente a preservar a los Estados Nacionales contra las agresiones de otros Estados más poderosos que se arrogaban el derecho de intervención bajo el pretexto de proteger los intereses de sus connacionales acreedores.

Un destacable primer ejemplo es el postulado por don Bernardo de Irigoyen, quien en 1876 siendo Ministro de Relaciones Exteriores, desconoció el derecho de intervención por parte de Inglaterra en un conflicto entre el Banco de Londres y la Provincia de Santa Fe, señalando que las sociedades comerciales no tienen nacionalidad, deben someterse a las leyes de los países en que se desenvuelven sus negocios y por lo tanto no se les puede reconocer legitimación a ninguna defensa diplomática intentada a favor de empresas.

En la misma línea otro jurista y canciller argentino, don Luís María Drago, en 1902 ante el bloqueo de los puertos Venezolanos por parte de barcos alemanes, italianos e ingleses, quienes invocaban el derecho a intervenir por pedido de inversores y acreedores impagos de sus países, declara que la deuda de un Estado no puede ser causa para la agresión en su territorio por parte de potencia extrajera. Por su elocuencia y actualidad vale citar algunos párrafos de la carta que remite al Embajador argentino en Washington:

“...El reconocimiento de la deuda, la liquidación de su importe, pueden y deben ser hechos por la nación, sin menoscabo de sus derechos primordiales como entidad soberana, pero el cobro compulsivo e inmediato, en un momento dado, por medio de la fuerza, no traería otra cosa que la ruina de las naciones más débiles y la absorción de su Gobierno con todas las facultades que le son inherentes por los fuertes de la tierra. Otros son los principios

proclamados en este Continente de América... Los contratos entre una nación y los individuos particulares son obligatorios, según la conciencia del soberano, y no pueden ser objeto de fuerza compulsiva -decía el ilustre Hamilton-. No confieren derecho alguno de acción fuera de la voluntad soberana... Los Estados Unidos han ido muy lejos en ese sentido. La enmienda undécima de su Constitución estableció, en efecto, con el asentimiento unánime del pueblo, que el Poder Judicial de la nación no se extiende a ningún pleito de ley o de equidad seguido contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otro Estado, o por ciudadanos o súbditos de un Estado extranjero. La República Argentina ha hecho demandables a sus provincias y aun ha consagrado el principio de que la nación misma pueda ser llevada a juicio ante la Suprema Corte por los contratos que celebra con los particulares. Lo que no ha establecido, lo que no podría de ninguna manera admitir, es que, una vez determinado por sentencia el monto de lo que pudiera adeudar, se le prive de la facultad de elegir el modo y la oportunidad del plazo, en el que tiene tanto o más interés que el acreedor mismo, porque en ello están comprometidos el crédito y el honor colectivos. (...) El reconocimiento de la deuda pública, la obligación definida de pagarla, no es, por otra parte, una declaración sin valor porque el cobro no pueda llevarse á la práctica por el camino de la violencia. (...) El cobro militar de los empréstitos supone la ocupación territorial para hacerlo efectivo y la ocupación territorial significa la supresión o subordinación de los gobiernos locales en los países a que se extiende...”

Ambas posturas pueden entenderse como variantes prácticas de las ideas publicadas en 1868 por el jurista Carlos Calvo, quien expone su doctrina, tomando como fundamentos los principios de la soberanía, la igualdad entre ciudadanos nacionales y extranjeros, y la jurisdicción territorial. Según este autor los Estados soberanos gozan del derecho de estar libres de cualquier forma de interferencia por parte de otros Estados, mientras que los ciudadanos extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales y, en caso de pleitos o reclamaciones, tendrán la obligación de tramitar todos los recursos legales ante los tribunales locales sin pedir la protección e intervención diplomática de su país de origen.

Pese a este bagaje de tradición jurídica, la evolución de la posición argentina iba a dar un giro degradante hasta llegar al punto de ceder “voluntariamente” su jurisdicción nada menos que en emisiones de su propia deuda pública, creando la paradoja de erigir a jueces de Estados extranjeros como árbitros con competencia supranacional para el tratamiento, análisis y ejecución de los títulos de su deuda.

El confronto de las doctrinas expuestas por la diplomacia argentina de fines del siglo XIX y la situación planteada por la crisis de la deuda de finales del siglo XX, son una muestra cabal de cómo se sofisticaron los mecanismos de las naciones centrales para la intervención contra los Estados deudores en defensa de los

intereses de sus corporaciones, logrando instrumentos de dominación económica mucho mas sutiles pero igualmente efectivos que los de la intervención armada.

Pero a diferencia de todo lo conocido, el siglo XXI se presenta con la particularidad de que la crisis de la deuda soberana involucra a los Estados centrales de occidente, de modo que el nuevo escenario plantea otra problemática: ya no se trata de que los países pobres cedan soberanía para garantizar los intereses de las corporaciones protegidas por los países ricos, sino que ahora la tensión se traslada a la interna entre el poder financiero, que representa el interés del capital especulativo, y el poder político, que debe responder ante la población del Estado, de los mismos países ricos.

Entonces, ante la posibilidad de cese de pagos de países Europeos o de Estados de la Unión, la cuestión de la deuda soberana ya no pasa solo por un problema de intervención de países desarrollados sobre países emergentes. Ahora se advierte que las relaciones entre el sistema financiero y los Estados nacionales se han desvirtuado hacia un proceso de injusta acumulación de recursos que pone en riesgo el bienestar de la población y el régimen democrático occidental con una dispersión global.

Y un primer paso para reconstruir el poder soberano de los Estados es limitar los efectos del cese de pagos de los títulos de deuda. En este sentido, y en línea con la doctrina Drago, cabría definir que los Estados no pueden ser sujetos pasivos de ejecuciones en su patrimonio, resultando la liquidación y pago de las deudas una decisión soberana no justiciable reservada al arbitrio del propio Estado deudor.

RIESGO MORAL

A la hora de analizar el tema desde la óptica de la valoración de la actitud del Estado que no paga su deuda, cabría puntualizar:

- 1) La cesación de pagos no es gratuita para el Estado, ya que no solo limita sus posibilidades de acceso a nuevos créditos sino que provoca el resentimiento

de su propia economía desde el momento que afecta a los tenedores de bonos del propio país y su sistema financiero.

- 2) Así como la devaluación de la moneda resulta un efecto no deseado pero emergente de la situación económica de un país, que licúa la deuda nominada en su propia moneda, del mismo modo el cese de los pagos de la deuda resulta de circunstancias fuera de toda elección que se vinculan con los ciclos de la economía global.
- 3) Por su naturaleza soberana los Estados no pueden someterse a procedimientos tendientes a superar la crisis, por lo tanto la falta de renegociación acordada lleva a la paradoja de la cesación permanente e indefinida en el tiempo, que termina en un camino sin salida para deudores y acreedores.
- 4) Los endeudamientos excesivos se fundamentan principalmente en el salvataje financiero del sector privado. Así puede verse en el caso Argentino, teniendo en cuenta la estatización de la deuda privada de 1982, o los recientes rescates de las grandes firmas en EEUU y Europa. De modo que la transferencia de costos que implica el llamado *riesgo moral*, encierra mayormente una devolución del Estado a un sector privado abusivo y deficiente.
- 5) El intermediario financiero que adquiere deuda de un Estado a elevadas tasas de interés es consciente del riesgo de cesación de pagos. Tal circunstancia se repite siempre apenas se difunde las dificultades para el pago de deuda, de tal suerte que las renegociaciones entre los Estados y los acreedores privados conducen necesariamente a un proceso consciente de inviabilidad financiera de los deudores.
- 6) Las medidas restrictivas del gasto público tendientes al ahorro fiscal para el pago de deuda, llevan al empobrecimiento del país y a la menor capacidad de pago en el mediano y largo plazo.

En suma, el cese de pagos de los países plantea un dilema moral que debe resolverse con parámetros distintos a los que enfrenta el incumplimiento de pagos en el sector privado. El verdadero riesgo moral de la comunidad internacional es el funcionamiento de instituciones compuestas por los mismos Estados que en lugar de poner límites al sistema financiero trabajan a su servicio, basta señalar las recurrentes recetas del FMI dirigidas a restringir el gasto de los países deudores en momentos en que sube la tasa de desocupación.

En tal sentido el concepto de soberanía asociado al de inmunidad jurisdiccional es el primer paso, al que le deberá seguir una postura activa en temas como por ejemplo el fomento del empleo, de otro modo el riesgo que principalmente enfrentan los países deudores deja de ser de imagen o moral para efectivizarse en lo social y de subsistencia de la organización política interna.

LA POSTURA ARGENTINA ACTUAL

El manejo de la deuda soberana de nuestro país luego del cese de pagos declarado en enero de 2002, constituye la aplicación actualizada de la Doctrina Drago.

No es menester analizar exhaustivamente los antecedentes de la cesación de pagos para notar que el crecimiento de la deuda se produjo a la par del empobrecimiento del país y el pánico a las represalias, contando para ello con la supervisión permanente del FMI, en su rol de auditor económico y financiero de los Estados nacionales.

Recién con las negociaciones llevadas por nuestro país a partir del año 2002 y la elaboración de las propuestas de canje de bonos (Dubai 2003 y Buenos Aires 2005), sin la participación del FMI ni ningún otro agente transnacional, se pudo visualizar el funcionamiento real de la antigua declaración Drago, como herramienta fundamental para la construcción de un derecho internacional donde el poder político de los Estados nacionales discipline y regule al poder financiero y no a la inversa. Ello es así porque la búsqueda de consensos con los acreedores no limitó la

decisión soberana de política económica de no reconocer valor a los títulos que no ingresaran al canje.

En la Conferencia de la Haya celebrada en 1907, la posición argentina se plasmó en dos reservas a la propuesta estadounidense: 1) que las deudas provenientes de "contratos ordinarios" entre el nacional de un Estado y un Gobierno extranjero, no se recurrirá al arbitraje sino en el caso específico de la denegación de justicia por las jurisdicciones del país del contrato, que deben ser previamente agotadas, y 2) que los "empréstitos públicos" con emisiones de bonos, que constituyen la deuda nacional, no podrán dar lugar, en ningún caso, a la agresión militar ni a la ocupación material del suelo de las naciones americanas.

Ese ejemplo de 1907 y su corolario con las propuestas de canje de bonos de 2003 y 2005, deben constituir el eje de la postura argentina para lograr el reconocimiento internacional sobre la incompetencia de todo juez, corte o árbitro extranjero para entender en la ejecución forzada de deuda soberana.

En tal sentido no cabe mas que remitir a la carta citada de 1902 donde Ministro argentino expuso que el tratamiento de la deuda pública es una cuestión de derecho interno del Estado, toda vez que constituye la única solución real, moral y definitiva para el tratamiento de la cuestión, teniendo en cuenta la soberanía de las naciones y lo que de ello se deduce, su subsistencia y la imposibilidad de liquidación forzada de su patrimonio.

De este modo si decimos que la Doctrina Drago se sintetiza en el principio de no intervención militar por el cese de pagos de un Estado deudor, la nueva lectura que proponemos se completa ahora con el blindaje jurídico que garantice la no injerencia o intervención económica, comenzando por el reconocimiento de la soberanía jurisdiccional de las naciones.

EL NUEVO ESCENARIO

La experiencia argentina parece releerse en casos como los de Grecia, Portugal, Inglaterra, Irlanda y España, donde, a pesar de la importancia y respaldo

internacional de sus economías, la receta es la misma: ahorro fiscal a costa de mayor desempleo para el pago de la deuda. Por eso es que se puede vislumbrar una evolución también similar a la de nuestro país, y el camino del canje de bonos como propuesta unilateral de los Estados deudores es la única solución que garantiza el respeto de la soberanía de las naciones y su viabilidad como entidad política y organización democrática a la manera conocida en occidente.

El problema lo enfrentan países de todas las latitudes, por eso es que ahora la cuestión no se inscribe en la puja de intereses entre naciones desarrolladas y emergentes (norte – sur), sino que se corre hacia una lucha mas difusa como es la de las corporaciones financieras y los Estados nacionales, es decir la siempre vigente tensión entre el poder económico y el poder político.

Valga recordar que ante la crisis económica de fines de la década del ´60, los Estados Unidos decidieron la inconvertibilidad de su moneda en oro, quebrando unilateralmente las reglas de Bretton Woods. El paralelo hoy será la decisión de los Estados deudores de la inconvertibilidad de los títulos de deuda en moneda, y el canje forzoso por otros valores que reflejen el valor real y no nominal del crédito.

Quizás falta esperar que la emisión ilimitada de moneda y deuda de Estados Unidos y Europa no contenga la crisis de la deuda, para lograr el consenso necesario y establecer pautas jurídicas internacionales tendientes a consolidar lo que definimos como “la postura argentina”, en tanto primer paso para la transformación de las relaciones entre el sistema financiero internacional y los Estados nacionales.

REFERENCIAS

Damill, M., Frenkel, R. y Rapetti, M. LA DEUDA ARGENTINA: HISTORIA, DEFAULT Y REESTRUCTURACIÓN. CEDES. Buenos Aires, 2005.

Tamburini, F. HISTORIA Y DESTINO DE LA "DOCTRINA CALVO": ¿ACTUALIDAD U OBSOLESCENCIA DEL PENSAMIENTO DE CARLOS CALVO? Revista de estudios histórico-jurídicos. n.24 Valparaíso 2002.

PROPUESTAS PARA UN MECANISMO DE REESTRUCTURACIÓN DE LA DEUDA SOBERANA. Ficha técnica FMI - Enero de 2003

Gianviti, F., Krueger, A., Pisani-Ferry, J. y, Sapir y Jürgen, V. H. A EUROPEAN MECHANISM FOR SOVEREIGN DEBT CRISIS RESOLUTION: A PROPOSAL. Bruegel Blueprint Series, Volume X, 2010.

Macías Vázquez, Alfredo. REESTRUCTURACIÓN DE LA DEUDA SOBERANA: MULTILATERALISMO, ACCIÓN COLECTIVA Y CANJE. Revista Latinoamericana de Económica, Vol. 39, nro. 155, octubre/ noviembre 2008

Ugarteche, O. y Acosta, A. A FAVOR DE UN TRIBUNAL INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE DEUDA SOBERANA (TIADS). Por Oscar Ugarteche y Alberto Acosta. Enero 2003.

Ugarteche, O. y Acosta A. UNA PROPUESTA GLOBAL PARA UN PROBLEMA GLOBAL. Ed. Nueva Sociedad nro. 183, pág. 119.