

## Deuda odiosa: definición, aplicación y contexto

Por Ashfaq Khalfan<sup>1</sup>

Nasir Ali era un empresario que deseaba establecer un complejo de duty-free shops (tiendas libres de impuesto) en el aeropuerto internacional de Nairobi. Su propuesta fue bien recibida por el gobierno de Kenia. Fue invitado a reunirse con el entonces Presidente Moi, y a traer consigo en una valija la suma de US\$2 millones en efectivo para una donación a destinar a un proyecto a elección del Presidente. El Sr. Ali mantenía la firme convicción de que las costumbres locales debían ser respetadas y fue debidamente equipado a la reunión. Salió de la reunión con un contrato para establecer su complejo de tiendas y una valija llena de hojas de maíz. Con el tiempo, sin embargo, las relaciones se agrietaron y el gobierno de Kenia retomó el control sobre el complejo de tiendas. El Sr. Ali presentó un reclamo contra el gobierno de Kenia ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), un mecanismo de arbitraje establecido por el Banco Mundial. La mayoría de los países en desarrollo han firmado tratados bilaterales de inversión con países desarrollados en los que se permite a los inversionistas de ese país recurrir al CIADI, que luego les ofrece a los inversionistas privados un mecanismo a través del cual solicitar una indemnización por la expropiación de sus inversiones. Ambas partes tienen derecho a participar en la selección de los miembros del panel de cada tribunal del CIADI. El gobierno de Kenia que reemplazó al régimen de Moi impugnó el reclamo del Sr. Ali.

En su sentencia del 4 de octubre de 2006, el tribunal del CIADI se negó a otorgarle cualquier compensación al Sr. Ali. Se establecía que el contrato se había celebrado de forma contraria a la política pública internacional y al derecho de Kenia, dado que el mismo se había obtenido mediante soborno<sup>2</sup>. A pesar de que el Presidente Moi había actuado en complicidad para celebrar el contrato de forma ilícita, el Sr. Ali no pudo utilizar al CIADI como medio para hacer valer los derechos garantizados en caso de incumplimiento de una política pública internacional. Y lo que es más importante, el tribunal manifestó que resultaba necesario establecer una distinción entre los actos del Presidente de Kenia y aquellos de la República de Kenia. El tribunal expresó además que el derecho internacional busca proteger al público, en este caso a los contribuyentes y ciudadanos que integran uno de los países más pobres del mundo. Esta resolución indica que aún una institución relativamente conservadora como el CIADI está dispuesta a distinguir entre contratos acordados de forma legítima e ilegítima por parte de los gobiernos.

### En esta presentación voy a tratar:

1. La definición de la doctrina de la deuda odiosa.
2. Su rango en el derecho internacional
3. Los mecanismos a través de los cuales se puede aplicar la doctrina en la resolución de controversias
4. Las áreas de la “deuda ilegítima” que no son cubiertas por la doctrina de las deudas odiosas.

---

<sup>1</sup> Director de Centre for International Sustainable Development Law. Esta presentación corresponde al siguiente estudio (no obstante posee varias correcciones y actualizaciones): A. Khalfan, J. King and B. Thomas, *Advancing the Odious Debts Doctrine* (Montreal, CISDL, 2003). Capítulo 1, por Jeff King, Legal Research Fellow at the CISDL, presenta el status legal de la doctrina. Capítulo 2, por Ashfaq Khalfan, presenta la estrategia legal y opciones políticas para su aplicación. Capítulo 3, por Bryan Thomas, presenta las aplicaciones políticas de la innovación de la doctrina. El documento completo y un resumen ejecutivo están disponibles en: <http://www.cisd.org/debtlegitimacy.html>. Una publicación académica que clarifica y amplía los argumentos de este documento será publicada en 2007.

\* Documento presentado durante la Conferencia Anual de Eurodad (<http://www.eurodad.org>), Berlín, 29-31 octubre, 2006. Traducido al español por el Monitor de IFIs en América Latina (<http://ifis.choike.org>)

<sup>2</sup> World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/07, Award, 165-181.

## 1. Definición de la doctrina de la deuda odiosa

La doctrina de la deuda odiosa fue formulada en primera instancia por Alexander Sack, y ha recibido aportes de una variedad de confiables eruditos del derecho internacional. La definición de las deudas odiosas según consta en la actualidad es la siguiente: las deudas odiosas son aquellas contraídas en contra de los intereses de la población de un país, sin su consentimiento y con pleno conocimiento por parte de los acreedores. De esta forma, estas deudas no pueden hacerse valer contra un estado deudor.

Me voy a explayar acerca de los criterios para una deuda odiosa y para ello voy a basarme en el trabajo de mi colega, Jeff King, como la forma más correcta para aplicar la doctrina.

En primer lugar, se destaca la ausencia de consentimiento: La población no debe haber consentido en la transacción en cuestión. En el caso de regímenes dictatoriales se presume la falta de consentimiento, a menos que exista evidencia que indique un apoyo popular significativo para un uso particular de los fondos. En el caso de gobiernos democráticos, la falta de consentimiento debe probarse.

En segundo lugar, se destaca la ausencia de un beneficio: La ausencia de un beneficio para la población se debe constatar de dos formas. Primero, el propósito de la transacción debe ser impropio y segundo, el uso efectivo del préstamo no debe haber producido ningún beneficio. El requisito con respecto al propósito significa que los prestamistas no son sancionados por otorgar préstamos de buena fe que fueran malgastados, de una forma no prevista por los mismos, por parte de gobiernos corruptos. También significa que a las poblaciones que obtienen algún beneficio de un préstamo odioso se les exige de todos modos pagar por el monto que produjo dicho beneficio. Allí donde los recursos otorgados en préstamo fueron aplicados al ingreso fiscal en lugar de a un propósito específico, se deben analizar los presupuestos gubernamentales para los años correspondientes de acuerdo con el gasto en instituciones (1) opresoras, (2) neutrales y (3) productivas.

En tercer lugar, se destaca el conocimiento por parte del acreedor. El acreedor debe ser consciente de la falta de consentimiento y de beneficio. El mismo debe ya sea (i) haber estado efectivamente en conocimiento de estos hechos (ii) haberse mostrado intencionalmente ciego frente al uso de los préstamos o (iii) haber sido voluntaria e imprudentemente negligente al efectuar el tipo de cuestionamientos que realizaría cualquier prestamista honesto y razonable.

Estos criterios podrían parecer algo vagos. Sin embargo, es absolutamente común que los tribunales manejen criterios abiertos de esta naturaleza y los apliquen a los hechos particulares de un caso determinado. Por ejemplo, los tribunales deben resolver temas como la indemnización de daños causados por negligencia, la aplicación de disposiciones que determinen cuándo las empresas están en connivencia de una forma que restringe la competencia o la determinación del monto de la pensión alimenticia y sustento para menores que debe efectuar un cónyuge luego de producirse un divorcio.

Pero aún quedan ciertas áreas grises. Por ejemplo, en caso de pagarse la deuda odiosa, existen cuestionamientos acerca de si es posible recuperar el pago por parte del deudor. Esto resulta improbable dado que se puede hacer responsable al gobierno sucesor de haber aceptado la validez del acuerdo crediticio. Otro cuestionamiento se refiere a la deuda odiosa secundaria donde el derecho a obtener el pago por un préstamo es vendido por el acreedor a un tercero. Una respuesta inicial a dicha pregunta es que la deuda continuaría siendo odiosa y podría ser repudiada, pero que en tales circunstancias, el comprador secundario podría demandar al acreedor inicial por su pérdida.

## 2. Rango en el derecho internacional

La doctrina de la deuda odiosa no constituye un aspecto del derecho internacional sobre el cual todos los abogados estén de acuerdo. No obstante, se puede sostener un fuerte argumento legal a su favor y en fuerte argumento legal en su contra. Muchos estados y tribunales han invocado, pueden y en efecto habrán de invocar esta doctrina. El derecho internacional está conformado por diversas fuentes, la mayoría de las cuales brindan un apoyo significativo a la doctrina de las deudas odiosas.

En primer lugar, en lo referente al derecho de los tratados, el derecho internacional de tratados sobre corrupción, incluyendo la reciente Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, brindan una base para el principio de que los gobiernos, y aquellas partes que participan de la corrupción, están participando en un comportamiento ilícito, y por lo tanto no se pueden beneficiar de dicha conducta.

En segundo lugar, el derecho internacional consuetudinario, conformado por la práctica estatal con el reconocimiento por parte del Estado correspondiente de que dicha práctica se requiere como una cuestión de derecho, aporta un apoyo considerable a la doctrina. Varios Estados, incluyendo Estados Unidos, han invocado la doctrina de forma exitosa y verosímil y han repudiado de esta forma deudas odiosas.

En tercer lugar, cierto número de arbitrajes internacionales han aplicado la doctrina, en particular para el litigio de Costa Rica contra Gran Bretaña (caso Tinoco), donde el árbitro, Juez de la Suprema Corte de Estados Unidos Taft, sostuvo que los préstamos adelantados al dictador por parte del *Royal Bank of Canada* cuando el dictador estaba a punto de abandonar el poder frente a una insurgencia, no obligaron a Costa Rica debido a la naturaleza irregular del crédito.

En cuarto lugar, muchos eruditos del derecho internacional que escriben sobre los temas del pago de la deuda están de acuerdo en que la doctrina tiene un fundamento fuerte en el derecho internacional.

En quinto lugar, el concepto subyacente detrás de la doctrina se basa en varios principios generales del derecho que son aceptados a nivel nacional, y que por lo tanto sirven como fuentes del derecho internacional. En particular, la ley nacional rige sobre la forma en la que una persona puede crear obligaciones legales para un tercero. Allí donde un actor tiene la facultad de asumir compromisos vinculantes para un tercero, dicho actor está asumiendo la responsabilidad especial de actuar a favor de los intereses de ese tercero. Las relaciones clásicas incluyen a médicos y pacientes, abogados y clientes, sociedades y accionistas. De conformidad con el derecho nacional, se puede responsabilizar a un tercero por contribuir con un actor en el incumplimiento de sus obligaciones. Si un banco contribuyera a sabiendas con un director general para estafar a una corporación, se podría responsabilizar a dicho banco por las pérdidas de la corporación frente a los accionistas. En efecto esto sucedió cuando se responsabilizó al Citibank por sus acciones en el escándalo ENRON. Esta analogía con el derecho nacional es probablemente el argumento individual más convincente a favor de la deuda odiosa.

Aquellos que ponen en tela de juicio la existencia legal de esta doctrina plantean una serie de cuestiones, tres de las cuales se abordan a continuación. En primer lugar, se sostiene que en la mayoría de los casos en los que se ha invocado la doctrina, esto tuvo lugar cuando se produjo una modificación sobre la soberanía de un país (sucesión del estado) más que meros cambios en el gobierno. La primera respuesta a este punto es que existen varios casos en los que se invocó la doctrina de la deuda odiosa en relación a cambios de gobierno. Además, el derecho consuetudinario es solo una fuente del derecho internacional en lo referente a este tema. La mayor justificación para la doctrina de la deuda odiosa surge en relación a los principios del derecho que emanan de los derechos nacionales, para los cuales la distinción entre sucesión del estado/cambio de gobierno es irrelevante.

En segundo lugar, los críticos apuntan al hecho de que la mayoría de los Estados efectivamente pagan las deudas aún cuando estas son odiosas. La respuesta clave es que dicho pago no resulta relevante a los efectos de conformar el derecho internacional consuetudinario. El derecho consuetudinario requiere de la práctica de los estados, junto con el reconocimiento por parte del estado de que dicha práctica se exige como una cuestión de derecho. De esta forma, las acciones efectuadas por razones de conveniencia, tal como el pago de deudas odiosas a modo de mantener buenas relaciones con los acreedores, no constituyen parte del derecho consuetudinario. Para rebatir este argumento, los críticos necesitarían identificar una cantidad considerable de situaciones en las que un Estado haya reconocido que parte de la deuda que mantiene es odiosa, pero considera que dicho pago se exige de conformidad con el derecho internacional.

En tercer lugar, se ha planteado como un cuestionamiento la dificultad de distinguir claramente entre qué deudas fueron utilizadas con efectos productivos y cuáles no. El dinero es fungible, y los préstamos otorgados con un propósito productivo podrían liberar recursos que un régimen podría luego destinar a rubros irregulares. No cabe ninguna duda de que la doctrina sería difícil de aplicar. Un tribunal encargado de tratar el tema, o una negociación sobre reducciones entre Estados tendría que estimar la proporción total de la deuda que era odiosa y distribuir la carga de este porcentaje entre todos los acreedores que hubieran otorgado financiamiento general al régimen en cuestión. Una negociación entre Estados probablemente efectuaría un cálculo estimado con respecto a cuáles son las deudas odiosas. Más probablemente, un acuerdo, ya sea implícito o explícito, entre los acreedores y el estado deudor con respecto a que una parte sustancial de las deudas eran odiosas conduciría probablemente a una reducción más significativa de la deuda de lo que hubiera tenido lugar en cualquier otro caso. Algunos entendidos sostienen hoy en día que el criterio de la “ausencia de beneficio” debería ser reemplazado por el criterio referido a los acuerdos crediticios que violan la política pública internacional. Este último enfoque podría ser prometedor, y la reciente sentencia del CIADI ciertamente lo apoyaría. Sin embargo, dado que existe un considerable apoyo a favor de la doctrina de la deuda odiosa según lo definido por Sack, podría ser útil considerar a las deudas odiosas y a las violaciones de política pública internacional por parte de los prestamistas como razones paralelas pero que se superponen cuando se trata de sostener que el pago de la deuda no constituye una obligación legal, más que como formulaciones alternativas de la misma doctrina.

Varios de estos argumentos, entre otros, y las respuestas, son abordados en el documento de trabajo del CISDL sobre la doctrina de la deuda odiosa. No obstante la discusión legal, lo que queda claro es que cualquier prestamista sensato – ya sea un Estado, una institución financiera internacional, o un prestamista privado – debería saber a esta altura que la doctrina de las deudas odiosas le puede ocasionar problemas legales, particularmente en los casos más flagrantes de deudas odiosas donde los préstamos acaban directamente en las arcas personales de los mandatarios. Es probable que al menos algunos prestamistas comiencen pronto a tener en cuenta la doctrina de la deuda odiosa previo a otorgar créditos a gobiernos conocidos por sus prácticas corruptas.

### **3. Posibles aplicaciones de la doctrina**

El documento de trabajo del CISDL sobre deudas odiosas incluye una evaluación detallada de la serie de procesos y mecanismos de resolución de controversias que podrían abordar el tema de las deudas odiosas. En esta presentación, solo discutiré los medios que resultan más realistas.

#### **3.1 Negociaciones de deuda**

Cuando un Estado deudor puede hacer hincapié en la naturaleza odiosa del préstamo, es capaz de utilizar esto como elemento de influencia para negociar una reducción sustancial en la deuda contraída. Cuando los Estados negocian, “pactan a la sombra de la ley”. Es decir, toman en cuenta cierta cantidad de factores: la influencia política, los derechos legales y las

consideraciones morales (particularmente donde existe una presión pública considerable sobre el Estado). Debe subrayarse que casi todos los litigios legales relacionados con deudas se resuelven en negociaciones más que ante tribunales, ya sea que los prestamistas sean Estados o privados. Existen solo dos prerrequisitos para que las deudas odiosas sean planteadas en negociaciones:

a) Una situación fáctica que justifique el reclamo de que las deudas son odiosas. Los casos que tendrían más peso serían aquellos al “estilo Mobutu” donde la corrupción del gobierno estuviera documentada y resultara notoria y donde los acreedores no habrían de tener ninguna duda de que sus préstamos habrían de ser utilizados para fines ajenos al interés público.

b) ¡Agallas! La doctrina ha sido invocada con anterioridad y puede ser invocada nuevamente. El obstáculo principal es político, implicando la amenaza de una represalia financiera o el entendimiento de los gobiernos corruptos de que no se debe hacer a los demás lo que no nos gustaría que nos hagan a nosotros mismos. Irak es un buen ejemplo. Importantes ministros y el Presidente del gobierno interino iraquí, así como algunos funcionarios estadounidenses, se habían referido a la doctrina de la deuda odiosa para exhortar a la cancelación de la deuda contraída durante la era Saddam. Esta presión con seguridad tuvo bastante influencia sobre la magnitud de la cancelación ofrecida a Irak por el Club de París, que implicó una reducción del 80%. A Nigeria se le ofreció de forma similar una reducción considerable de sus deudas. Un factor fue la resolución aprobada por el Parlamento exhortando al repudio y el énfasis puesto por los negociadores en la naturaleza irregular de préstamos anteriores.

Si bien los países deudores pueden plantear la doctrina en las negociaciones y asegurar potencialmente concesiones sobre esta base, las reducciones más significativas pueden esperarse cuando existe una amenaza concreta de repudio de estas deudas. El obstáculo principal frente a dicha acción es la capacidad de los estados acreedores, organizaciones internacionales y bancos privados para suspender la ayuda internacional y los préstamos. Este riesgo puede ser mitigado por los Estados afectados de dos maneras. En primer lugar, aquellos que invocan la doctrina estarían mejor cubiertos si su evaluación de las deudas odiosas y otras deudas ilegítimas se considerara justa y basada en principios consistentes. En segundo lugar, un alto grado de aceptación internacional de la doctrina de la deuda odiosa entre la mayoría de los países del Sur y al menos algunos países del Norte reduciría el costo político de invocarla.

Existen en particular cuatro vías a través de las cuales la doctrina podría asegurarse una mayor aceptación internacional:

1. Un número mayor de Estados deudores agobiados por deudas odiosas podrían plantear vigorosamente la doctrina, con una amenaza de repudio verosímil. Esto requeriría probablemente que un grupo considerable de Estados deudores coordinaran sus estrategias en torno al tema. La presión ejercida a nivel nacional por la sociedad civil, incluyendo los movimientos sociales y los partidos políticos, probablemente determinará la fortaleza de la resolución del Estado deudor.

2. La acción por parte de algunos acreedores (a nivel estatal, intergubernamental o privado) orientada a reducir deudas explícitamente en base al principio de la deuda odiosa como un impedimento legal para la recaudación de la deuda, desempeñaría un papel considerable en hacer que la doctrina se volviera más aceptable en la práctica (y fortalecería el argumento del derecho internacional a favor de la doctrina). La eficacia de los activistas contra la deuda en Estados acreedores tendrá un efecto determinante.

3. El reconocimiento de la doctrina de la deuda odiosa en principio por los Estados, especialmente los Estados que son normalmente acreedores, fortalecerá la doctrina.

3.1 El papel desempeñado por los tribunales y eruditos del derecho no debería descontarse. Existe en la actualidad un debate considerable acerca de la doctrina en los círculos legales. La

erudición en materia legal puede tener un impacto sobre la práctica, en virtud del asesoramiento legal ofrecido a los Estados, y puede tener un impacto sobre las decisiones adoptadas por tribunales nacionales e internacionales. Las tendencias en el derecho de tratados, principios generales del derecho y decisiones de los tribunales apuntan todas hacia una mayor aceptación de la doctrina.

En la práctica, los acreedores que acuerdan una reducción de la deuda odiosa resistirán cualquier mención explícita al criterio en materia de deuda odiosa dado que tendrían que admitir algún tipo de culpabilidad en el tema, y lo que es más importante, sentarían un precedente que los dejaría atados de manos en el futuro. La mayoría de los Estados deudores estarán comprensiblemente más preocupados por asegurar una reducción sustancial que por demostrar un argumento legal. Las instancias de reconocimiento explícito por parte de los acreedores serán normalmente extraordinarias. Sin embargo, la aplicación implícita y no verbalizada de la doctrina tendrá el efecto práctico de alertar a los acreedores y estimularlos a que sean más cuidadosos en su futura actividad crediticia.

### **3.2 Aplicación en arbitrajes internacionales y ante tribunales nacionales**

Los contratos crediticios con frecuencia estipulan las leyes de acuerdo con las cuales se habrán de regir así como la jurisdicción correspondiente. La mayoría de los contratos que involucran la participación de un prestamista privado estipulan ya sea los tribunales de Nueva York, Inglaterra, o aquellos del país acreedor que tengan jurisdicción sobre el contrato crediticio. En el caso de algunos acuerdos intergubernamentales, acuerdos entre un gobierno y una institución financiera internacional y algunos acuerdos entre un gobierno y un actor privado, se estipula como recurso al arbitraje internacional. En caso de plantearse una controversia ante cualquiera de estas cortes o tribunales, podría ser factible que el Estado en cuestión formulara la doctrina de las deudas odiosas como una defensa frente a la exigencia del pago. La decisión del tribunal dependerá de los hechos del caso y de la orientación del tribunal o corte en cuestión. Asumiendo que el argumento a favor del deudor esté bien planteado y justificado, un caso flagrante de deudas odiosas, por ejemplo una situación en la que un gobierno estaba utilizando claramente los préstamos a beneficio personal, y donde el acreedor estaba actuando activamente de mala fe, como por ejemplo otorgando sobornos, resultará en la mayoría de los casos en una decisión a favor del deudor. El caso del CIADI mencionado al inicio de esta presentación es un buen ejemplo.

No obstante, los casos que refieren a las áreas grises de la doctrina, por ejemplo, donde los préstamos fueron otorgados para proyectos que beneficiaron solamente a una minoría de la población, podrían no llegar a constituir cosa segura en términos del litigio desde la perspectiva del deudor. Para dichos casos, el tipo de tribunal o corte será crucial, y es necesario tomar en cuenta las decisiones adoptadas anteriormente dentro de dicha jurisdicción. Por ejemplo, los tribunales de Nueva York han demostrado un nivel considerable de deferencia frente a los puntos de vista del gobierno estadounidense acerca de cuestiones de derecho financiero internacional. Un Estado deudor no queda totalmente obligado frente a la jurisdicción especificada en el contrato crediticio dado que ambas partes pueden acordar que su caso sea atendido por un tribunal de arbitraje independiente, conformado por las partes. Un Estado deudor podría estar en posición de insistir en este método de resolución de controversias, amenazando con repudiar unilateralmente las deudas. Si bien los arbitrajes no cuentan con ningún medio para hacer efectivas sus decisiones, las mismas son generalmente cumplidas debido al riesgo de reputación que corre cualquier parte que no cumpla con un fallo.

La aceptación de la doctrina de la deuda odiosa por parte de una corte o tribunal suministraría mayor evidencia para la doctrina conforme al derecho internacional, y enviaría una señal a los acreedores para que estuvieran atentos al tipo de actividad crediticia en la que participan. Obviamente, el rechazo de una corte o tribunal surtiría el efecto inverso.

### **3.3 Decisión adoptada por la Corte Internacional de Justicia**

Asumiendo que la situación fáctica lo justificara, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) tendría potencialmente escasa dificultad para reconocer y aplicar la doctrina de la deuda odiosa. La CIJ es el equivalente de la Suprema Corte para el derecho internacional. De esta forma, sus decisiones no pueden ser revisadas por otro tribunal y con frecuencia, aunque no siempre, ha estado dispuesta a tomar medidas contundentes en materia de derecho internacional. Sin embargo, existen dificultades procesales. Si ambos países han aceptado la "jurisdicción obligatoria" de la corte, entonces la misma podrá considerar un caso en base a la solicitud de una parte. Aproximadamente 67 países han reconocido la jurisdicción obligatoria de la corte. De no aplicarse esta condición, la CIJ solo puede atender una controversia si un tratado relevante entre ambas partes en la controversia estipula el recurso a la CIJ o si ambas partes consienten a su jurisdicción. Esto último quizás no resulta realista ya que un acreedor preferiría que su culpabilidad en una transacción odiosa no fuera transmitida al mundo entero. Una vía alternativa sería que la Asamblea General de las Naciones Unidas solicitara la opinión consultiva de la CIJ sobre una deuda en particular. No obstante, obtener una mayoría de Estados en la Asamblea General para solicitar una opinión consultiva no sería fácil dado que la deuda odiosa constituye un arma de doble filo tanto para los acreedores como para los potenciales prestatarios. La CIJ no cuenta con ningún mecanismo para hacer cumplir su fallo. A pesar de esto, un fallo a favor del Estado deudor sería autoejecutable ya que el deudor podría simplemente retener los pagos en base a dicho fallo de la CIJ.

### **3.4 Un tribunal permanente para atender el tema de las deudas odiosas**

Se han realizado varias propuestas para un nuevo tribunal arbitral internacional que cuente con un mandato para resolver cuestiones de deuda odiosa. En principio, dicho tribunal determinaría la inexigibilidad de las deudas odiosas, al tiempo que dejaría en claro cuáles son las reglas para una actividad crediticia apropiada, evitando así la inestabilidad de los mercados financieros. Sin embargo, existe la posibilidad de que un tribunal establecido mediante el acuerdo de muchos o la totalidad de los Estados tuviera un mandato que reflejara los compromisos entre los Estados, y de esta forma el mandato del tribunal adoptaría una definición limitada de la doctrina de la deuda odiosa, o una que solo se aplicara a futuros préstamos. Además, sería improbable que los acreedores estuvieran de acuerdo con un tribunal en ausencia de una considerable movilización política y un número significativo de repudios. La conformación de un tribunal independiente es improbable y es posible que llevara varios años.

### **3.5 Órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos**

En la última década, se ha prestado considerable atención, entre los eruditos y en discusiones dentro del sistema de derechos humanos de Naciones Unidas, al argumento de que los Estados se encuentran obligados en virtud de las obligaciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, en particular del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) con la finalidad de garantizar que sus acciones no socaven el goce de los derechos humanos fuera de sus fronteras. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que tiene mandato de la Asamblea General de la ONU para interpretar el PIDESC, ha indicado que los Estados se encuentran obligados por dichas disposiciones internacionales fuera de sus fronteras. Muchos Estados desarrollados rechazan este argumento, por lo cual continúan teniendo lugar discusiones y luchas políticas sobre este punto.

Se podría considerar que un país que es cómplice de la malversación de fondos por parte de un dictador está violando el PIDESC dado que está ayudando a imponer cargas financieras innecesarias sobre otro Estado, cuyo costo deberá ser afrontado por la población del Estado deudor en detrimento de sus derechos económicos y sociales. Un órgano de supervisión de derechos humanos, tal como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, podría llegar a tomar esta determinación y con esto exhortar al acreedor a que se abstuviera de solicitar el pago de dicho préstamo. Sin embargo, esta posibilidad constituye

pura especulación en esta instancia. Los órganos de derechos humanos de Naciones Unidas podrían estar dispuestos a establecer principios amplios que tengan un impacto sobre las interacciones financieras internacionales, pero otra cosa bastante diferente sería que los mismos expresaran que acuerdos crediticios específicos no deberían ser pagados.

Se espera que los Estados que han ratificado tratados sobre derechos humanos presenten informes periódicamente ante los órganos de supervisión de los tratados sobre derechos humanos de Naciones Unidas tales como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este último órgano espera recibir informes cada cinco años. Luego de analizar el informe y dialogar con el Estado y con las ONG, el Comité presentará sus “Observaciones finales” acerca del grado de cumplimiento de sus obligaciones por parte del Estado. En los últimos años, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha comenzado a pronunciarse sobre las acciones de los Estados que afectan a los derechos económicos, sociales y culturales de otros países. Vale la pena señalar que las observaciones de los órganos creados en virtud de tratados no son legalmente vinculantes y no existe ningún mecanismo para hacer efectivo su cumplimiento. No obstante, pueden tener un efecto político dependiendo de una variedad de factores, incluyendo si es que existen o no actores de la sociedad civil que utilizan estas observaciones como una fuente de legitimidad para sus reclamos.

A diferencia de los mecanismos para la resolución de controversias en los puntos 3.1 a 3.4 debe señalarse que existe una clara oportunidad para que la sociedad civil participe directamente en las determinaciones de los órganos creados en virtud de tratados. Efectivamente, el hecho de que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas haya comenzado a considerar las obligaciones fuera de las fronteras ha sido en gran medida posible gracias a la información que le suministraron los grupos de la sociedad civil del Norte. Debe dejarse en claro que los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos solo pueden hoy en día responsabilizar directamente a los Estados. Las corporaciones privadas e instituciones financieras internacionales (IFI) no presentan informes ante los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. Sin embargo, en principio, los Estados pueden ser responsabilizados, respectivamente, por su votación en las IFI y por la medida en la que regulan adecuadamente o no el accionar de las corporaciones con sede dentro de su jurisdicción.

#### **4. Las deudas odiosas como un subconjunto dentro de una categoría más amplia de “deudas ilegítimas”**

Se registran muchas situaciones en las que las deudas pueden considerarse ilegítimas, pero a las que no se aplicaría la doctrina de la deuda odiosa:

##### **4.1 Pago de la deuda que socava el goce de derechos económicos y sociales**

Existen muchas situaciones en las que los países en desarrollo deben pagar su deuda a costa del cumplimiento de derechos sociales y económicos básicos para sus ciudadanos. En algunos casos, esto sucede aún cuando el préstamo inicial brindaba algún tipo de beneficio para la población del prestatario. En ciertas circunstancias, podría ser posible identificar una obligación sobre el acreedor para que cancele la deuda, o para que se abstenga de exigir el pago, donde dicha deuda es de tal magnitud que no podría ser pagada sin hacer que resulte imposible para un Estado cumplir con aspectos centrales en materia de derechos económicos, sociales y culturales, y donde el acreedor es un Estado rico que ha logrado atender los derechos económicos, sociales y culturales de su población. En particular, muchos acreedores podrían apuntar a gastos del Estado que no estén relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales, y afirmar que es allí donde se deberían efectuar recortes antes de poder considerar la cancelación de la deuda, dado que el Estado es el primer actor responsable por sus ciudadanos. Dichos gastos podrían incluir rubros como productos militares, reembolsos impositivos e incentivos a las corporaciones para que inviertan en el país. Por lo tanto no quedaría claro en

qué punto una deuda específica se vuelve un obstáculo para el goce de los derechos económicos, sociales y culturales en el Estado deudor.

A pesar de la dificultad en la aplicación de la legislación sobre derechos humanos a deudas específicas, esta podría pasar a desempeñar una función en la justificación de la cancelación de deuda a un nivel por país. El enfoque de derechos humanos es más preciso que la definición del Banco Mundial y el FMI por la cual la sostenibilidad de la deuda se calcula de acuerdo con mediciones económicas. También es mejor que la potencial opción sugerida en el Consenso de Monterrey de 2002, que consiste en ligar los análisis de sostenibilidad de deuda a la capacidad de un país para alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM). La meta fijada por las normas de derechos humanos es la de asegurar, tan pronto como sea posible, que cada persona cuente al menos con acceso básico a derechos tales como la alimentación, el agua y el saneamiento, en contraste con el objetivo de los ODM de reducir a la mitad la proporción de la población que no cuenta con dicho acceso. Se necesita una carga considerable de trabajo analítico para concretar la aplicación de la legislación sobre derechos humanos a los temas del pago de la deuda. Un área específica en la que la legislación podría ser aclarada y aplicada a cuestiones de deuda es en la revisión periódica del PIDESC por parte de los países acreedores.

#### **4.2 Préstamos “mal asesorados”**

Esta categoría se refiere a la situación donde los préstamos vinieron acompañados de un mal asesoramiento en materia de políticas o apoyaron un proyecto cuyo fracaso debería haberse anticipado, tal como ha sido el caso, por ejemplo, de muchos proyectos de mega represas. En este caso, se podría efectuar un reclamo con respecto a que el acreedor debería compartir la responsabilidad por un préstamo que no debería haberse otorgado. Este reclamo es primordialmente moral más que legal. Sin embargo, tal como se ha observado en el caso de la cancelación otorgada por Noruega para deudas incurridas como parte de una campaña de exportación naviera que estuvo mal asesorada, un reclamo moral y ético puede algunas veces resultar suficiente, especialmente cuando se lo complementa con incidencia política y/o donde el entorno político es propicio frente a dicho reclamo.

#### **4.3 Contra demandas**

Muchos activistas contra la deuda del Sur han sostenido que los Estados del Norte le deben indemnizaciones a los países del Sur por acciones como la complicidad en la opresión por parte de dictadores, las guerras por procuración durante la Guerra Fría y el colonialismo y que estas indemnizaciones son mayores en magnitud que la deuda financiera mantenida por el Sur. La resolución de estos reclamos depende de cierta cantidad de cuestiones, incluyendo la dificultad de hallar un posible mecanismo de resolución. A menos que los países involucrados estén de acuerdo acerca de un tribunal de indemnizaciones u otro mecanismo de resolución, normalmente será necesario litigar en los tribunales del país acusado de responsabilidad por los daños (ya que, en principio, el derecho internacional considera que está fuera de la jurisdicción de un órgano de un Estado el resolver unilateralmente una controversia entre dicho Estado y otro Estado).

Los sobrevivientes de los abusos perpetrados por los británicos durante y después de la lucha del grupo Mau Mau en Kenia han presentado una demanda contra el Reino Unido en un tribunal inglés. El resultado de esta acción proporcionará una idea acerca del posible futuro de esta vía.

De resolverse alguna vez estos reclamos, es posible que esto tenga lugar a través de arreglos fuera de tribunales y potencialmente en negociaciones entre Estados. Es probable, no obstante, que las únicas contra demandas que puedan ser litigadas o resueltas a favor de los demandantes sean aquellas donde la conducta haya sido especialmente atroz, relativamente reciente, donde el daño pueda ser cuantificado y donde se pueda probar una línea clara de causalidad entre el acto del perpetrador y el daño provocado a la víctima. Es más probable que las contra demandas resulten relevantes como reclamos morales que respaldan la incidencia

política. Suministran evidencia de que la desigualdad económica mundial tiene sus orígenes en un legado de poder imperial, fuerza, fraude y colusión entre rapaces grupos de elite en el Norte y en el Sur, y no solo en la suerte y las buenas elecciones del lado de los Estados que se encuentran en mejores condiciones. Las contra demandas, por lo tanto, sirven como una fuerte justificación política para la eliminación de las deudas a favor de los países más pobres.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Por más información sobre los temas abordados en la sección 4.2 y 4.3, ver Joseph Hanlon, *Defining Illegitimate Debt* (Oslo: Norwegian Church Aid, 2002). El enfoque de derechos humanos frente a la deuda es bastante prometedor, dado que incluye un mecanismo para abordar potencialmente el tema de la deuda odiosa, tal como se describió anteriormente (en la sección 3.5) así como una forma de atender situaciones en las que no se puede efectuar un reclamo por deuda odiosa. Sin embargo, los argumentos de derechos humanos no pueden reemplazar la doctrina de la deuda odiosa dado que esta última aborda más claramente la cuestión de la responsabilidad del acreedor y ha sido aplicada sobre la deuda en la práctica en contraste con la naturaleza no verificada del análisis de derechos humanos sobre el tema.