

# CIADI, SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y «HACERSE CARGO»

por Alejandro Bottini Bulit

## 1. Problemática planteada. Su actualidad.

Desde fines del año 2001, fecha en que se agudizó la crisis de la economía argentina, nuestro país fue demandado en 29 oportunidades frente al CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones)<sup>1</sup> constituyendo esta cantidad de controversias un importante porcentaje de los procesos que allí se están desarrollando. Frente a estas demandas en sede internacional no resulta casual que el Dr. Horacio Daniel Rosatti<sup>2</sup> haya planteado doctrinariamente<sup>3</sup> la inconstitucionalidad de los *Tratados de protección y promoción recíproca de inversiones* (en adelante TBI), que son los instrumentos internacionales que disparan la intervención del CIADI, fundamentando tal posición en su pugna con el artículo 27 de la Constitución Nacional en cuanto prohíbe que los tratados internacionales violen los principios de derecho público de nuestro ordenamiento. En el presente trabajo, y utilizando como disparador la problemática reseñada, buscaremos dilucidar los siguientes interrogantes: **¿Se puede, con el argumento de la prelación normativa que establece nuestro ordenamiento jurídico (y el control de constitucionalidad consiguiente), incumplir obligaciones derivadas de los tratados internacionales de protección de inversiones y de órganos creados o reconocidos por dichos tratados para resolver controversias?**<sup>4</sup> Y si esta pregunta resulta afirmativa **¿puede generar tal conducta responsabilidad internacional del Estado?** Aspiramos a realizar un desarrollo conciso y ordenado de las distintas cuestiones planteadas, no a los efectos de agotar la temática con un tratamiento pormenorizado, sino con el fin de clarificar el sustrato jurídico que sostiene nuestra posición al respecto.

\* Profesor Adjunto de Derecho Constitucional II, UNLaM. Profesor Titular de Derecho Constitucional, UNTREF.

## 2. Advertencias necesarias (abriendo el paraguas)

Los instrumentos jurídicos que analizaremos en el presente trabajo (es decir los TBI) han sido herramientas empleadas en la implementación de determinadas políticas públicas seguidas durante la década del noventa. Debemos tener en cuenta este aspecto, pues no sería extraño que el actual cuestionamiento político ideológico que sufren las mismas genere, como resultante directa, razonamientos jurídicos altamente condicionados por dicho posicionamiento. Asimismo resulta pertinente aclarar que, en atención al estado procesal de las causas iniciadas en el CIADI contra la Argentina, hasta el momento la postura sustentada por el Estado Nacional ha buscado el rechazo de los laudos desfavorables o la nulidad de los procesos mediante la vía recursiva ante el mismo CIADI u otra Corte Internacional<sup>5</sup>.

## 3. ¿Qué son los *Tratados de protección y promoción recíproca de inversiones*?

Pero empecemos por el principio, definiendo las características del instrumento internacional que nos convoca.

Los *Tratados de protección y promoción recíproca de inversiones* son acuerdos que tienen por finalidad asegurar la estabilidad y predictibilidad de los marcos jurídicos para las inversiones directas<sup>6</sup>. Son tratados celebrados entre Estados que reconocen recíprocamente garantías a los inversores extranjeros del Estado cocontratante. **Los destinatarios finales de la protección son los inversores.** Como resultante de estos Tratados, si un país receptor viola un acuerdo internacional puede ser considerado responsable ante un tribunal internacional.

**Repetimos: la firma de dichos tratados intenta generar un marco de seguridad y previsibilidad, fundamentalmente al inversor directo de un país distinto al receptor de la inversión<sup>7</sup>.**

## 4. Nuestro país y los TBI

La Argentina suscribió alrededor de sesenta TBI<sup>8</sup> durante la década del noventa.

En cuanto al esquema de resolución de controversias adoptado por nuestro país al firmar dichos Tratados, en la mayor parte de ellos se prevé un lapso de amigable composición en forma obligatoria —normalmente establecido en seis meses— durante el cual las partes deben negociar de buena fe una solución. Transcurrido ese lapso, se abre la opción para el inversor —la que una vez ejercida es definitiva— de acudir al arbitraje internacional, ya sea a través de tribunales ad hoc o mediante tribunales de arbitraje constituidos bajo reglas específicas.

El principal tribunal en la materia es el CIADI, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, organismo dependiente del Banco Mundial<sup>9</sup>. El CIADI

es una organización internacional de carácter público **creada mediante un tratado internacional**: el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965.

En el marco de su posición doctrinaria, ROSATTI ha planteado que, tanto en las cláusulas de los tratados bilaterales de inversión como en las cláusulas de arbitraje del CIADI, se producen «restricciones al ejercicio de la jurisdicción nacional en material de control judicial»<sup>10</sup>, cuestión que estudiaremos oportunamente en el punto 8.

Lo cierto es que, aunque puede discutirse el tamaño de la morigeración jurisdiccional, si es indiscutible la existencia de una licuación del principio de derecho internacional que planteaba la necesidad del agotamiento de los recursos jurisdiccionales internos, no precluyendo la operación de sus sistemas legales a los efectos de lograr una eficiente articulación del sistema de derecho internacional y el del derecho local de los Estados.

En este punto los temas a analizar son:

- ¿Resultan jurídicamente válidas las cláusulas que imponen restricciones al ejercicio de la jurisdicción nacional en material de control judicial?
- De ser negativa dicha respuesta, ¿tal invalidez tiñe a todo el Tratado?

## 5. Características de los arbitrajes frente al CIADI.

Siempre, en todo el análisis, debemos tener en cuenta que «el arbitraje CIADI ofrece un atractivo adicional para el inversor: sus laudos son autosuficientes y autoejecutables. La *autosuficiencia* implica que cualquier planteo de nulidad del laudo debe resolverse ante el mismo CIADI por un comité constituido ad hoc para ese caso. La *autoejecutabilidad* se vincula con la innecesaridad de obtener un exequátur para ejecutar un laudo CIADI. No es a tales fines considerado una sentencia extranjera, sino que se ejecuta como una sentencia de un tribunal local»<sup>11</sup>.

Es decir, es justamente la cláusula que hace de dichos laudos autosuficientes la que importaría una restricción al ejercicio de la jurisdicción nacional y, por consiguiente, a la posibilidad de control de constitucionalidad.

## 6. Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza jurídica de los Tratados Bilaterales de Inversión?

*Los TBI son Tratados Internacionales.*

¿Por qué consideramos necesario remarcar esta cuestión, que para algunos resultará evidente hasta lo irrisorio y, por lo tanto, innecesaria?

Creemos pertinente hacerlo pues, como dijimos en el punto 2, al ser dichos instrumentos internacionales utilizados en la implementación de políticas públicas seguidas durante la década del noventa, hoy cuestionadas, la discusión político ideológica consiguiente puede diluir o desvirtuar el contenido del necesario análisis jurídico.

**Los Tratados Internacionales son Ley Suprema de la Nación.** Como tales se encuentran por encima de las leyes pero por debajo de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional<sup>12</sup>.

Por lo tanto los TBI se ubican dentro de los tratados referidos en el artículo 75 inciso 22 párrafo primero de la Constitución Nacional, razón por la cual:

- 1) Gozan de jerarquía superior a la ley.
- 2) Pero, a diferencia de los tratados cuya materia corresponde a los derechos humanos, **no pueden adquirir jerarquía constitucional** (artículo 75 inciso 22 párrafo 1° de la Constitución Nacional).

Hagamos un alto y recordemos como se incorporan los Tratados Internacionales a nuestro ordenamiento normativo:

- 1) El presidente de la Nación, en virtud de ser el jefe del estado, negocia, concluye y firma las convenciones, los tratados y los concordatos con la Santa Sede (artículo 99, inciso 11).
- 2) El Congreso Nacional tiene la competencia para aprobar o desechar esos acuerdos internacionales (artículo 75, incisos 22 y 24). Si bien dicha aprobación se efectúa mediante una ley formal, consideramos que dicho acto importa principalmente una declaración de carácter político efectuada por el Congreso de la Nación y, por lo tanto, no puede ser vetada.
- 3) Si el tratado es aprobado debe ser ratificado por el Poder Ejecutivo.

Como se observa, los Tratados Internacionales son actos complejos, que requieren la concurrencia de la voluntad de dos órganos constituidos quienes, dentro del marco competencial asignado por la Constitución, confluyen dando nacimiento a una norma que, en definitiva, resulta ser la manifestación acabada de la voluntad estatal.

**Por lo tanto, los Tratados Internacionales no son una simple ley del Congreso. Tampoco son exclusivamente una manifestación de la voluntad unilateral del Poder Ejecutivo.**

Consideramos importante plantear esta cuestión pues algún sector de la doctrina sostiene, buscando tal vez una posible depreciación jerárquica de los TBI, el hecho de que los mismos sólo son aprobados mediante una Ley del Congreso, que requiere una simple mayoría<sup>13</sup>. Al respecto resulta pertinente efectuar algunas consideraciones: los tratados que requieren de mayorías especiales o de mayorías y procedimientos especiales para su aprobación parlamentaria son aquellos que tienen una jerarquía en la pirámide jurídica igual a la Constitución Nacional o que, siendo tratados internacionales de integración, delegan competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condi-

ciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos<sup>14</sup>. El resto de los tratados son aprobados mediante una ley con mayoría simple, pero como dijimos, **tal Ley en sentido formal constituye la manifestación de la voluntad política e institucional del Congreso y no es, por sí sola, el acto de incorporación de dicho tratado a la normativa nacional.** Por lo tanto, **la característica del tipo de mayoría que se requiere en la aprobación de los tratados internacionales no reduce a los mismos al nivel jerárquico de dichas normas de aprobación legislativa**, pues dicha aprobación, repetimos, es solo una parte necesaria del acto complejo<sup>15</sup>.

Por todo lo expuesto debe darse a los tratados internacionales en general, y a los TBI en particular, el lugar normativo que les compete en nuestro ordenamiento jurídico, esto es el de normas jurídicas supralegales.

## 7. ¿Pueden los tratados internacionales (y en particular los TBI) suscriptos por nuestro país ser controlados constitucionalmente?

Este es uno de los puntos centrales a dilucidar.

Debemos tener en cuenta que, pese a dispares interpretaciones doctrinarias al respecto, no puede afirmarse que la reforma constitucional del año 1994 haya modificado nuestra estructura jerárquico normativa<sup>16</sup> hasta el punto de reconocer a los tratados internacionales jerarquía supraconstitucional<sup>17</sup>. Incluso la propia cláusula que reconoció jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos (artículo 75, inciso 22, párrafos 2º y 3º de la Constitución Nacional), contiene una explícita **pauta interpretativa** en cuanto señala que los derechos reconocidos en dichos tratados no contradicen ninguno de los reconocidos en la primera parte de la Constitución, debiendo entenderse como complementarios de los mismos. **De este claro precepto se desprende la imposibilidad de declarar inconstitucionales a dichos instrumentos internacionales, pues no puede efectuarse una interpretación de los mismos contraria a la parte dogmática de nuestra Constitución.**

De esta forma afirmamos que toda la Constitución en común, con los instrumentos internacionales jerarquizados del artículo 75 inciso 22, componen un bloque que tiene una igual supremacía. **Todas las normas y todos los artículos de este bloque tienen un sentido y un efecto que es el de articularse en el sistema sin que ninguno cancele a otro, pues forman un conjunto coherente<sup>18</sup>.** Este bloque normativo es la *lex superior*, «aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema»<sup>19</sup>. En este camino «la supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste... en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales»<sup>20</sup>, **debiendo privar siempre el deber de buscar en la vía interpretativa una concordancia entre las normas infraconstitucionales**

y la Constitución. Si este deber es rector de todo el ordenamiento normativo infraconstitucional, mucho más lo será para las normas que cuentan con igual jerarquía constitucional.

Por el contrario, y en el marco del desarrollo expuesto, el resto de los Tratados Internacionales pueden ser controlados constitucionalmente, pues de otra forma carecería de sentido lógico decir que están por debajo de la Constitución Nacional o que ésta es la ley suprema. Toda la teoría de la Supremacía Constitucional, y del consiguiente mecanismo de control de constitucionalidad que la garantiza, perdería su razonabilidad si podemos afirmar sin hesitación que normas inferiores pueden contradecir a la superior y permanecer incólumes<sup>21</sup>.

Refiriéndose a estos tratados ha sostenido GELLI que «desde la perspectiva jurídica no cabe duda de que están por debajo de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos que obtuvieron –en la reforma de 1994 y luego de ella– jerarquía constitucional. Pero desde el punto de vista político institucional y de la responsabilidad del Estado por los compromisos que libremente asume, la respuesta no es tan sencilla, aunque, por cierto, quienes celebren compromisos internacionales con el Estado argentino, se supone que lo hacen conociendo el orden normativo jerárquico del país y el eventual control de constitucionalidad a que pueden someterse esos convenios»<sup>22</sup> (la negrita nos pertenece).

En este camino parece haber avanzado la Corte cuando en el caso *Fibraca*<sup>23</sup> sostuvo que la necesaria aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria pero **una vez asegurados los principios de derecho público constitucional** que es lo que precepta el artículo 27 de nuestra Constitución y el artículo 46 de la Convención señalada.

#### Conclusiones de este punto:

- En la Convención Constituyente que reformó la Constitución en el año 1994 **no hubo consenso acerca de otorgar primacía al derecho internacional por sobre la Constitución Nacional.**
- La Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos enumerados por el artículo 75 inciso 22 o jerarquizados por el procedimiento allí estipulado tienen supremacía sobre el resto de los tratados internacionales<sup>24</sup>. Por lo tanto estos últimos **pueden ser controlados constitucionalmente**, pues de otra forma carecería de sentido lógico decir que están por debajo de la Constitución Nacional.

## 8. ¿Pueden los tratados internacionales (y en particular los TBI) delegar la jurisdicción nacional? Si es así ¿en qué casos?

Como ya señalamos esta es otra de las cuestiones álgidas, y constituye el argumento central dado por ROSATTI para sostener su postura sobre la inconstitucionalidad de los TBI. Pasaremos a analizarlo.

La reforma constitucional de 1994 previó la delegación de la jurisdicción nacional a organizaciones supraestatales de modo explícito<sup>25</sup> y también de modo indirecto<sup>26</sup>, pero los constituyentes no previeron la delegación de jurisdicción en la hipótesis de los tratados del primer párrafo del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional en donde, como ya señalamos, se ubican los TBI.

La pregunta sería ¿puede el Estado Nacional ser parte en un proceso que se ventile fuera de la jurisdicción *exclusiva* y *excluyente* de los tribunales federales, máxime cuando los laudos en tales procesos tengan los efectos ya reseñados en el punto 5 del presente?

Señala ROSATTI que, tanto en la intervención de Tribunales Internacionales en materia de violación de derechos humanos<sup>27</sup> como en la intervención de tribunales extranjeros en caso de actividad estatal de materia comercial<sup>28</sup>, la República Argentina aceptó la jurisdicción foránea, pero sin resignar la posibilidad de controlar en algún momento la constitucionalidad de la cuestión debatida.

ROSATTI dice que el sistema de arbitraje al estilo CIADI, que se desarrolla a partir de determinados presupuestos contemplados en los TBI y cuyas consecuencias ya no pueden ser analizadas por los tribunales nacionales, constituye un mecanismo que resulta incompatible con el sistema jurídico argentino, en la medida en que impide un control de contenido entre el texto, la interpretación y la aplicación de los Tratado con normas de jerarquía superior vigentes en el país (la Constitución) e inhibe la intervención de los tribunales nacionales como no sea para ejecutar el laudo resuelto en extraña jurisdicción<sup>29</sup>. Interpreta el mencionado autor que esta imposibilidad de control judicial local de inconstitucionalidad no resulta ser una cuestión procesal sino sustancial, en la medida en que «traduce una inhibitoria» para ponderar la vigencia de los principios de derecho público argentino<sup>30</sup>.

Como contrapartida BIANCHI<sup>31</sup>, después de efectuar un enjundioso estudio de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Máximo en la materia, sostiene que «la Corte nunca se opuso a que el Estado Nacional, en un conflicto con un particular, prorrogara la jurisdicción federal a favor del juicio de árbitros» agregando además que «la jurisprudencia de la Corte en materia de revisión de los laudos arbitrales ha sido en general restrictiva. Solamente se ha permitido que éstos puedan ser revisados a través de la acción de nulidad que prevé el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación». Por lo expuesto el citado autor manifiesta sus dudas acerca de la pretendida inconstitucionalidad de los TBI por establecer una jurisdicción arbitral internacional sin permitir control alguno (posterior o anterior) por parte de un tribunal argentino<sup>32</sup>.

## 9. TBI y control de constitucionalidad

Empezaremos a intentar unir, en esta arremetida final expositiva, todas las partes de este gran rompecabezas.

**Si la estructura jurídico normativa de nuestro país tiene todavía alguna coherencia, todos los tratados internacionales que no gozan de jerarquía constitucional podrían ser controlados judicialmente, pues de otra forma carecería de sentido decir que están por debajo de la Constitución Nacional.**

Concatenación lógica de este planteo sería la posibilidad de controlar la constitucionalidad de los laudos provenientes de los mecanismos previstos en los TBI más CIADI.

Tal control podría dispararse cuando los inversores demandantes intenten ejecutar los laudos condenatorios, en la medida en que lo hagan por la vía de los tribunales argentinos. Consideramos que nada obstaría a que, en dicho momento y en el caso de corresponder, el Estado Nacional plantee la nulidad de tales laudos si los mismos no respetan cuestiones de fondo o de forma normadas por los mismos tratados, por los principios de derecho internacional y por nuestro derecho público<sup>33</sup>. No debemos olvidar que el Artículo 42 del Convenio de creación del CIADI estableció que el tribunal de arbitraje «debe resolver la controversia con sujeción a las normas de derecho acordadas por las partes y, a falta de acuerdo, aplicando las leyes del Estado receptor de la inversión junto con las normas de derecho internacional aplicables».

Supongamos que, en el momento de tal revisión<sup>34</sup>, se declaren inconstitucionales las cláusulas de los Tratados que impiden la posterior revisión judicial a los efectos del control de constitucionalidad y que, como consecuencia directa, se revise la constitucionalidad del laudo, en cuanto a si el mismo fue dictado con las previsiones formales y sobre la normativa estipulada por los mismos tratados, por los principios de derecho internacional y por nuestro derecho público<sup>35</sup>.

Pero cuidado, si avanzamos en este camino la declaración de inconstitucionalidad **debería circunscribirse exclusivamente a las cláusulas cuestionadas de los Tratados, es decir las que prohíben el control constitucional posterior**, y no al Tratado en su conjunto<sup>36</sup>. Y nada impediría, por supuesto, que la Corte Suprema, en su revisión, considere constitucional el laudo al que haya arribado el CIADI.

**Nunca debemos olvidar que los jueces, al ejercer el control de constitucionalidad deben imponerse la mayor medida, mostrándose celosos en el uso de sus facultades como del respeto que la Carta Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes<sup>37</sup>.**

## 10. Responsabilidad Internacional (o, por una vez, hacernos cargo de nuestra conducta).

Y pese a todo lo expuesto, consideramos imprescindible efectuar un llamado a la mesura y a la responsabilidad de nuestros gobernantes. Hay un viejo adagio que precepta que *nadie puede alegar su propia torpeza*. Como señala VANOSSE<sup>38</sup>, ¿de qué forma haremos para no parecer «oportunistas», si recién ahora planteamos la inconstitucionalidad de sesenta Tratados Internacionales, **cuando en el momento en que se aprobaron nadie formuló objeciones constitucionales?**

La celebración y ratificación de un tratado internacional hace nacer en cabeza de un Estado un deber legal de adoptar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos ejerzan los derechos que el tratado reconoce. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados<sup>39</sup> constituye una necesaria consecuencia de un principio crucial de derecho internacional —que rige también en el ámbito contractual interno— de cuya efectiva vigencia depende en buena medida la subsistencia de las relaciones internacionales: **los pactos se hacen para ser cumplidos, recordando el aforismo latino «pacta sunt servanda»<sup>40</sup>.**

GORDILLO nos muestra que habiendo aplicado la Corte Suprema el *ius cogens* por sobre el derecho interno en un fallo reciente<sup>41</sup>, la misma «tendría que hacer muchos malabarismos para llegar a conclusiones distintas en materia de tratados bilaterales de inversión. Claro, todo se puede argüir, y se puede decir que la solución vale para el *ius cogens* porque en suma es conforme a nuestro derecho interno, pero no los tratados bilaterales que *contradicen el orden público local* aunque suman ya 1.100 en todo el mundo»<sup>42</sup>. Agregando que «las sanciones internacionales en caso de reincidencia en el incumplimiento de sentencias de los arbitrajes internacionales tal vez no sean inmediatas pero con el correr del tiempo serán inevitables. Al final de todo ello y para salir de las sanciones... habrá que cumplir de todos modos, sólo que habiendo destruido previamente, todavía más, la economía, la trama social, el derecho»<sup>43</sup>.

El Estado no puede eximirse de responsabilidad internacional argumentando disposiciones de derecho interno. **Entonces, sostener que nuestra Corte Suprema no debe resignar su mandato constitucional no significa que se pierda de vista la posibilidad de caer en responsabilidad internacional por incumplimiento de Tratados Internacionales.**

Nadie nos obligó a entrar al CIADI; nadie nos obligó a firmar los TBI.

Y ambas cuestiones fueron realizadas por el Estado Argentino.

**No somos ajenos, por lo tanto, a las normas que convenimos crear, aplicar y aceptar.** Aunque suene políticamente incorrecto, por una vez empecemos a hacernos cargo de nuestras acciones y de sus consecuencias, de todas sus consecuencias.

## Notas

- 1 Ver punto 3.
- 2 Ex Procurador del Tesoro de la Nación y ex Ministro de Justicia y Derechos Humanos.
- 3 ROSATTI, HORACIO D., «Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el Sistema Constitucional Argentino», *LL*, 2003-F.
- 4 Pues en definitiva, desde el punto de vista jurídico, este resulta ser a nuestro criterio el punto central del planteo de ROSATTI.
- 5 Para el estudio de la argumentación defensiva de la Argentina en sus presentaciones ante el CIADI, como dijimos instancia en la que se encuentran los procesos iniciados contra el país, recomendamos especialmente la lectura de dos trabajos recientes: PELLETIER, PERRINE, «La posición de los países emergentes ante los tribunales arbitrales internacionales. El caso de Argentina», *LL*, 2005-G (Sup. Adm.) y SAAVEDRA, CECILIA, «Armando el rompecabezas: la estrategia argentina frente al CIADI» de pronta aparición en el suplemento mencionado. El primero de los trabajos realiza un interesante repaso sobre los argumentos que presenta la Argentina en sus defensas frente al CIADI destacando las siguientes: inexistencia de un tribunal permanente, cuestión que atenta contra la seguridad jurídica, la neutralidad, continuidad, eficacia y competencia; inexistencia de incompatibilidades previamente definidas en el nombramiento de los jueces, lo que permite que haya profesionales que actúan en unos casos como letrados patrocinantes de empresas demandantes y en otros como árbitros, en la misma sede de tales tribunales arbitrales internacionales; tribunales que no ofrecen las suficientes garantías de imparcialidad e independencia a las partes demandadas («justamente los países desarrollados que insisten en el cumplimiento de patrones éticos básicos por los países emergentes, no pueden instituir un sistema que pueda ostentar tamañas fisuras»); rechazo al carácter de expropiatorias de las medidas generales de política económica, máxime cuando las mismas afectan por igual a inversores nacionales y extranjeros; demandantes que no son inversores directos o que son inversores minoritarios; etc.
- 6 Estos tratados de protección se refieren, en general, «al alcance de la aplicación del tratado (delimitación de las inversiones protegidas, definición de nacionales y sociedades, ámbito de aplicación territorial y duración de los efectos del tratado); patrones generales de tratamiento (el trato justo y equitativo, el trato nacional, el tratamiento nación más favorecida); patrones de tratamiento específico; las reglas en materia de transferencia de moneda (repatriación de capital y ganancias) o compensación de daños causados por conflictos armados, revoluciones o emergencias nacionales, así como las condiciones de desposesión y compensación y la resolución de controversias», TAWIL, GUIDO SANTIAGO, «Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones, la responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional», *LL*, 2000-D, p. 1109.
- 7 GUALDE, ANDREA, «Las implicancias del arbitraje internacional en el derecho interno de los Estados», artículo del 5 de mayo de 2004 (Lexis N° 0003/010516) afirma que «la suscripción por los Estados de este tipo de tratados obedece a una definición ideológica sobre un modelo de capitalismo que pone el énfasis en la internalización del capital».
- 8 Para una descripción exhaustiva de dichos TBI, se puede consultar ROSATTI, HORACIO D., *ob. cit.*, p. 1284 y 1285.
- 9 Aprobado mediante Ley N° 24.353.
- 10 ROSATTI, HORACIO D., *ob. cit.*, p 1283-1287. Las cláusulas restrictivas en los TBI difieren de un tratado a otro pero, en general, imponen un plazo máximo para que se expidan los tribunales de la parte en cuyo territorio se realizó la inversión difiriendo la resolución del conflicto al CIADI u a otro Tribunal Arbitral Internacional, el laudo arbitral es definitivo y obligatorio para las partes de la controversia, etc. Incluso en algunos TBI se permite obviar el requisito de iniciar el reclamo en los tribunales de la parte en cuyo territorio se realizó la inversión.
- 11 GUALDE, ANDREA, *Las implicancias del arbitraje internacional en el derecho interno de los Estados*, Lexis N° 0003/010516.
- 12 Es decir aquellos que se encuentran enumerados en el artículo 75 inciso 22 segundo párrafo de la Constitución Nacional o aquellos que se incorporen mediante el procedimiento estipulado en el tercer párrafo de dicho artículo.
- 13 La mayoría una vez obtenido el quórum, conforme lo estipulado en el artículo 78 y concordantes de la Constitución Nacional.
- 14 Art. 75 inciso 24 de la Constitución Nacional.
- 15 Con el respeto que nos merece VANOSSI, no estamos de acuerdo, por los motivos expuestos, con la afirmación que realiza «Estamos frente a tratados que son ley del Congreso» (sic) en VANOSSI, JORGE

- R., «De nuevo: ¿Poder Judicial y Tribunales Arbitrales o «Tribunales Administrativos»?», *Jurisprudencia Argentina*, 22 de junio de 2005, Lexis N° 0003/011334.
- 16 ¿Podría haberlo hecho? Es una pregunta difícil de responder. En principio creemos que no. El limitante interpuesto en la etapa de iniciativa por el Congreso en el dictado de la declaración de necesidad de reforma (Ley N° 24.309) en cuanto a la imposibilidad de reformar los primeros artículos de la Constitución (art. 7 de la mencionada Ley), no hubiera permitido la modificación del artículo 31 y, por lo tanto, la supervivencia del artículo en cuestión habría determinado que cualquier solución que se hubiera intentado en ese camino no hubiese sido lo suficientemente determinante.
- 17 En contra de esta posición, y con una opinión consecuente manifestada por lo menos desde el año 1990 a favor de la supremacía del derecho internacional ver GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, *Parte General*, Buenos Aires, FDA, 8va. Edición, 2003. El citado autor afirma que, desde el año 1984 con la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica, la Constitución ha dejado de ser la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico. Pese a que observa que la Constitución, luego de la reforma del año 1994, reconoce el carácter supralegal de los Tratados, afirma que los mismos tienen una jerarquía supranacional y por lo tanto superior a la Constitución. Este planteo puede encontrarse también en *Introducción al Derecho*, cuya versión castellana en e-book puede ser consultada gratuitamente en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com). Consideramos que esta postura adelanta un debate que se presentará en un tiempo no muy lejano pero que, en la actualidad, como el mismo autor señala, no puede sostenerse en nuestra Constitución legal.
- 18 BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Mánual de la Constitución Reformada*, t. 1, Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 347.
- 19 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1994, p. 123.
- 20 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, op. cit., p. 95.
- 21 Con respecto al tema de la supremacía constitucional y el derecho interno, y en contra de lo que sostenemos, BIDART CAMPOS se ha interrogado: «¿Se ha extraviado o dejado de existir la supremacía de la constitución? Más bien cabría sostener que hay un reacomodamiento de la misma... Por eso, en el retoque de «aggiornamiento» que hacemos hoy a la doctrina de la supremacía de la constitución, decimos que esa doctrina subsiste y que la constitución sigue siendo suprema en cuanto siempre es fuente primaria y fundante del orden jurídico estatal y decide su prelación, aunque ella misma – al establecer la gradación jerárquica de ese orden- cede acaso el primer nivel al derecho internacional o al derecho de integración. Lo que no podemos omitir es el siguiente punto de vista personal: teniendo presente que en el *derecho internacional* hay un principio básico que es el de su *prelación sobre el derecho interno*, juzgamos incoherente que el estado que da recepción al derecho internacional en su ordenamiento interno lo coloque por debajo de la constitución y no por encima –o, al menos, a su mismo nivel-. En efecto, parece elemental decir que si el Estado consiente el ingreso del derecho internacional, es de muy escasa congruencia que no lo haga aceptando aquel principio de su primacía sobre el derecho interno», BIDART CAMPOS, GERMÁN, op. cit., p. 340.
- 22 GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2005, tercera edición, p. 324. En el mismo sentido «los límites para la celebración de convenciones internacionales están dados por el artículo 27 –el derecho público constitucional-, por el artículo 31 y por el artículo 30, porque cualquier alteración del sistema de supremacía violaría la división de poderes entre el poder constituyente y los poderes constituidos», p. 326.
- 23 Fallos 316:1669.
- 24 La Corte Suprema de Justicia de la Nación le asigna una misma jerarquía a la Constitución Nacional y a los tratados de derechos humanos del artículo 75 inciso 22.
- 25 Artículo 75 inciso 24 de la Constitución Nacional.
- 26 Para el caso de los tratados sobre derechos humanos, en el caso de la creación de tribunales internacionales.
- 27 «La conclusión que interesa a este trabajo es que la apertura de jurisdicción admitida por la República Argentina en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no inhibe la posibilidad de control previo de constitucionalidad por parte de los tribunales nacionales», ROSATTI, HORACIO D., *ob. cit.*, p. 1291.
- 28 «La prórroga de jurisdicción admitida por la República Argentina en el marco de los actos estatales *juri gestionis* (actos que el Estado realiza como persona privada) no inhibe la posibilidad del control a posteriori de constitucionalidad por parte de un tribunal nacional», ROSATTI, HORACIO D., *ob. cit.*, p. 1292.
- 29 ROSATTI, HORACIO D., *ob. cit.*, p. 129-1296.

- 30 En el mismo sentido, y en una posición que podría denominarse de *sobranista*, COSTANTE, LILIANA y CORTI, ARISTIDES HORACIO, «La soberanía y los tribunales arbitrales del CIADI», LL, 04/05/2005. Allí los autores plantean que «el debate sobre la convalidación a ultranza de la actividad arbitral del CIADI o su inconstitucionalidad y, por ende, su revisibilidad por la CSJN, dista mucho de ser meramente académico o de técnica legislativa. La posición que se adopte frente al tema importa una definición política, de tal suerte que, en el primer caso, la soberanía nacional queda licuada o diluida. Los millones de habitantes del suelo argentino merecen y tienen el derecho constitucional de que sea la jurisdicción nacional la que dirima toda contienda en la que el orden público, los intereses de la nación y, consecuentemente, los derechos humanos estén vitalmente comprometidos».
- 31 BIANCHI, ALBERTO B., «El Estado Nacional ante el arbitraje», Buenos Aires, La Ley, miércoles 13 de abril de 2005.
- 32 Incluso BIANCHI avanza con lucidez en la cuestión, planteando que «debemos preguntarnos también si a esta altura el gobierno argentino, bajo lo que establece la jurisprudencia de la Corte Suprema, tiene chance procesal de plantear la inconstitucionalidad de los TBI, ya sea fuera o dentro de la jurisdicción arbitral. Recientemente hemos visto al Tribunal, en el caso Cabrera, aplicar con todo el rigor la llamada doctrina del sometimiento voluntario a un régimen jurídico. Allí, como bien sabemos, fue rechazada la pretensión ejercida por un ahorrista de recuperar en dólares el monto depositado en el banco demandado. El fundamento del rechazo fue que el actor, antes de promover la demanda, había pesificado sus ahorros sin formular reserva alguna, lo que obstaba al planteo posterior de inconstitucionalidad de las normas del llamado *corralito*. Le eran aplicables entonces las doctrinas de a) la falta de legitimación para reclamar el control de constitucionalidad a quien se ha sometido voluntaria y previamente a un determinado régimen jurídico sin formular una reserva y b) de los actos propios ... ¿Cómo juegan esos principios en el caso del gobierno argentino, el cual luego de haber firmado docenas de TBI, ahora pretende impugnar su constitucionalidad?», Bianchi, Alberto B., «El Estado Nacional ante el arbitraje», Buenos Aires, La Ley, miércoles 13 de abril de 2005.
- 33 En el fallo «Cartellone» del 1/6/04, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso de **arbitraje doméstico** (sustancial diferencia con la cuestión que nos convoca, aunque extrañamente pasada por alto en la mayoría de los comentarios doctrinarios posteriores) **y mediante una revisión del laudo resultante efectuada como consecuencia de un recurso de nulidad interpuesto**, sostuvo que **si los términos del laudo contrarían el orden público hay un deber de impulsar el control y revisión judicial**. Si como producto de esta revisión se verifica que lo decidido es **inconstitucional, ilegal o irrazonable habrá que declararlo**. Concretamente, la Corte Suprema señala en su considerando 14 que «... no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuesto en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido, que los árbitros adoptarán una decisión que incurra en aquel vicio. Cabe recordar al respecto que la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros y, en consecuencia, el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones, pero, en cambio, su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando se inconstitucional, ilegal o irrazonable».
- Este caso ha adquirido una gran trascendencia y una consiguiente y mayoritaria condena de la doctrina. Al respecto resulta imprescindible el artículo de GORDILLO, AGUSTÍN, «¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?», La Ley, Suplemento Constitucional, noviembre de 2004, en especial el amplio estudio doctrinario realizado en las notas. También con una posición contraria al fallo: MONTALDO, MARCELO A., «El fallo Cartellone: Las implicancias económicas de una decisión inconveniente», La Ley, Sup. Adm., nov. 2004; GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, «Desnaturalización del arbitraje administrativo», La Ley, Sup. Adm., nov. 2004. A favor, aunque con diferentes matices: GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, «El caso Cartellone c. Hidronor: La Corte Suprema establece un nuevo escenario en el control de constitucionalidad de los laudos arbitrales», La Ley, 23/8/2004 y MORELLO, AUGUSTO M., «Arbitraje Internacional. Proyecciones», La Ley, 27/5/2005. No debemos pasar por alto que muchos de los autores críticos creen ver una posible extensión de la doctrina Cartellone a los arbitrajes internacionales resultantes de la fórmula TBI+CIADI (por ejemplo GONZÁLEZ CAMPAÑA en el artículo citado en esta nota).
- 34 Aún con todas las limitaciones procesales propias del Recurso de Nulidad (artículo 760 del CPCCN). Ver MORELLO, AUGUSTO M. artículo citado en la nota anterior.
- 35 En contra, y con sólidos argumentos, GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, en el ya citado «Desnaturalización del arbitraje administrativo», La Ley, Sup. Adm., nov. 2004. Igualmente consideramos que, erróneamente, equipara los conceptos de *jurisdicción de tribunales internacionales con control (o falta de control) de constitucionalidad*. Asimismo creemos que resulta poco pertinente, y nada inocente, asimilar jurídicamente la prórroga de jurisdicción a organismos supranacionales que puede desprenderse de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc.

22 2º párrafo) o los Tratados de Integración (art. 75 inc. 24) con los mecanismos de arbitrajes previstos en los TBI (Tratados Internacionales contemplados en el art. 75 inc. 22 párrafo 1º). No olvidemos que, en última instancia, el carácter de *definitiva e inapelable* de las sentencias de la Corte Interamericana surge del artículo 67 de la Convención Americana, norma que tiene jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento interno. El carácter de no revisables y autoejecutables de los laudos arbitrales de la fórmula TBI+CIADI no surge de una norma con rango constitucional.

- 36 Tomemos como ejemplo el laudo recaído en «CMS. Gas Transmission v. República Argentina -caso. ARB/01/8-» en donde un laudo CIADI otorgó legitimación a un accionista minoritario. Consideramos que si el inversor no es controlante es altamente discutible que pueda presentar reclamos indirectos. Como advierte GUALDE «obviamente, el accionista puede siempre reclamar por el daño directo por actos del Estado receptor (vgr., expropiación no compensada de acciones; afectación de sus derechos políticos en la sociedad). Pero ello no implica que pueda invocar un daño indirecto, esto es, un daño que afecta directamente a la sociedad en la que participa. ¿Por qué? Porque un accionista no puede tener más, ni mejores, ni distintos derechos que la sociedad en la que participa con relación al contrato. No puede tener una suerte distinta que la sociedad y sus socios. Por su parte, no olvidemos lo dicho en cuanto a que la Convención CIADI agrega un segundo filtro jurisdiccional en su art. 25 y es que la diferencia debe surgir directamente de una inversión. Lo expuesto no es una mera especulación académica carente de efectos prácticos o indiferentes para los Estados. ¿Cuál es el riesgo de reconocer daños indirectos cuando no están previstos convencionalmente? La admisión de reclamos indirectos de inversores no controlantes puede derivar en un escándalo jurídico, resultado de la emisión de decisiones contradictorias, ello sin mencionar la escalada de litigiosidad ad infinitum. No menos relevante resulta la circunstancia de que el contrato puede estar ejecutándose o renegociándose. Esto podría generar discriminación hacia accionistas locales y la imposibilidad para el Estado de conocer exactamente el número de sus contrapartes negociadoras», Gualde, Andrea, *Las implicancias del arbitraje internacional en el derecho interno de los Estados*, artículo del 5 de mayo de 2004 (Lexis N° 0003/010516). Es factible sostener que, a priori, un laudo que decide lo reseñado, otorgando la legitimación descripta, podría ser cuestionado en cuanto violenta, entre otras, la misma normativa estipulada por el TBI.
- 37 Conforme Fallos 314:424. No debemos dejar pasar que la Corte Suprema ha admitido también y en forma reiterada el principio de la presunción de la constitucionalidad de los actos de los órganos del Estado, lo que, naturalmente, supone la de su razonabilidad. Esta presunción de constitucionalidad es denominada también regla de autolimitación del poder Judicial e importa: a) la necesidad de que la contradicción entre la ley (o como en este caso el Tratado Internacional) y la Constitución sea absoluta, palmaria, clara, todos estos términos utilizados por la Corte en distintos fallos para declarar la inválida; b) la necesidad de que antes de declarar la inconstitucionalidad de una ley el juez debe tratar de darle una interpretación que sea compatible con la Constitución (interpretación constructiva); c) la carencia de atribuciones de los jueces para juzgar de la oportunidad, conveniencia, utilidad o eficacia social de la ley.
- 38 VANOSI, JORGE R., «De nuevo: ¿Poder Judicial y Tribunales Arbitrales o «Tribunales Administrativos»?», *Jurisprudencia Argentina*, 22 de junio de 2005, Lexis N° 0003/011334.
- 39 Tratado que fue aprobado mediante ley 23.782.
- 40 TAWIL, GUIDO SANTIAGO, «Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones, la responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional», LL, 2000-D, p. 1116.
- 41 Fallo «Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros» del 24 de agosto de 2004.
- 42 GORDILLO, AGUSTÍN, «¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?», *La Ley, Suplemento Constitucional*, noviembre de 2004.
- 43 Sobre la particular postura de GORDILLO ver nota 17. Sobre el tema derechos humanos «ya no basta con que la administración esté sometida a la ley y ésta a la Constitución, sino que todo el derecho interno está sometido a un derecho supranacional en materia de derechos humanos y libertades públicas», GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al Derecho*, ob. cit.

1  
2  
3  
4  
5  
6  
7  
8  
9  
10  
11  
12  
13  
14  
15  
16  
17  
18  
19  
20  
21  
22  
23  
24  
25  
26  
27  
28  
29  
30  
31  
32  
33  
34  
35  
36  
37  
38  
39  
40  
41  
42  
43  
44  
45  
46  
47  
48  
49  
50  
51  
52  
53  
54  
55  
56  
57  
58  
59  
60  
61  
62  
63  
64  
65  
66  
67  
68  
69  
70  
71  
72  
73  
74  
75  
76  
77  
78  
79  
80  
81  
82  
83  
84  
85  
86  
87  
88  
89  
90  
91  
92  
93  
94  
95  
96  
97  
98  
99  
100