

*Deuda soberana y Estado de bienestar**

Por Héctor Fernández

Capítulo Primero

INTRODUCCIÓN

En el proceso de globalización de las relaciones económicas el Estado se incorpora como consumidor del sistema financiero a partir de una metamorfosis jurídica que lo transforma en un sujeto mercantil o de derecho privado, con la particularidad de conservar su naturaleza de sujeto público y necesario como garantía imperecedera de su pasivo: contrata como un sujeto privado y garantiza el pago como un sujeto público que no puede quebrar. Por un lado el gobierno del Estado puede tomar deuda a largo plazo que pesará en el presupuesto de futuras administraciones, y por el otro los acreedores concretan operaciones con un deudor que no cuenta con el recurso de un régimen de insolvencia en caso de crisis. Este mutuo beneficio entre los gestores del negocio del endeudamiento público es un irresistible estímulo que hace crecer el pasivo público a favor del sector financiero privado.

Pero la incapacidad jurídica para quebrar no evita que la realidad se imponga como una ley de la naturaleza. El recurso al endeudamiento para cubrir la deficiente administración de los recursos públicos o para cancelar la deuda contraída por anteriores gobiernos, tiene un anunciado final de crisis de pagos, que sin un régimen de insolvencia deja librada la solución a lo que en cada caso resulte de la relación de fuerzas entre el Estado deudor y el sector financiero. La situación de insolvencia del Estado no deja de existir por la carencia de un régimen jurídico que prevea *ex ante* de la crisis la salida de emergencia, de modo que el resultado es un procedimiento que se da necesariamente *ex post* y que se impone de hecho, pero que en definitiva no deja de ser un modo de administrar la carencia de recursos del Estado deudor para solventar su pasivo. El dilema entonces se plantea en términos de todo régimen de insolvencia que puede reducirse a la elección de quien paga en última instancia el mayor costo de la crisis, con el énfasis puesto en que el Estado no está sujeto a la disolución como ente y la liquidación del patrimonio y por lo tanto la carga distributiva tiene un horizonte de permanencia. Así es que la problemática de la cesación de pagos del Estado implica el de un sistema de privilegios o de prioridades en donde se enfrenta el gasto social contra la atención del pasivo financiero, disputa que conduce a un punto de partida axiológico en torno del tema de la justicia distributiva. Pero a diferencia de los procesos de insolvencia de los sujetos de derecho privado donde el Estado es el árbitro mediante el régimen jurídico que define e impone, ahora es el propio Estado quien aparece como sujeto pasivo frente a la comunidad de naciones.

Con este enfoque se pone de manifiesto que la cuestión planteada por el endeudamiento de los Estados con el sector privado financiero es sólo la parte visible que emerge como muestra de la tensión entre el poder político y el poder económi-

* Bibliografía recomendada.

co, y que se expresa en términos opuestos de orden público y libertad contractual o derecho social y propiedad privada, en una dimensión que supera las fronteras nacionales y sus ordenamientos jurídicos. Su estudio entonces merece una visión que no se detenga sólo en el caso particular de la crisis de deuda de tal o cual Estado sino que tome en cuenta la trascendencia tema como un paso en dirección al reconocimiento de una dimensión económica global que exige una reglamentación jurídica del mismo alcance. El desafío es doble porque debe atenderse a una solución de fondo respecto de la distribución del peso de la crisis económica de los Estados entre su población y los acreedores financieros, pero también de forma teniendo en cuenta la necesidad del fortalecimiento de las instituciones de derecho internacional para resolver el conflicto.

En su última obra Galgano decía que la misión del jurista consistía en armar rompecabezas, o sea en recomponer los fragmentos dispersos del material normativo hasta crear con ellos un sistema completo y orgánico, por eso inmediatamente advertía que para abordar la problemática de la globalización y el derecho era necesario tomar elementos complementarios desde otras disciplinas tales como la filosofía, la economía y la sociología, aún a riesgo de que su estudio no pudiera ser catalogado estrictamente de jurídico. En el presente estudio el enfoque es similar porque los elementos de fuente normativa, tales como leyes o fallos de jurisprudencia, son eminentemente locales y no permiten construir un sistema coherente y que brinde soluciones definitivas en el ámbito internacional, más aún teniendo en cuenta que está en juego el rol del Estado como sujeto de derecho en el ámbito de las relaciones económicas externas lo cual conlleva una cierta redefinición del concepto de soberanía política. En otras palabras, desde un enfoque local es posible subsumir la cuestión en un orden normativo y lograr una solución definitiva en el marco de ese orden sujeto a un análisis crítico desde el estricto estudio jurídico, pero no lo es en la dimensión internacional donde el conflicto debería encontrar su ámbito de debate y definición. El ejemplo es el dato cierto de las sentencias dictadas por tribunales de distintos foros –argentino, estadounidense, alemán, italiano o español– con relación al endeudamiento público nacional, cada uno de los cuales derivadas y legitimadas con elementos de fuente jurídica normativa propios de cada ordenamiento. Sin embargo ante el confronto de sentencias locales que proveen resoluciones opuestas la discusión se mantiene abierta sin una respuesta definitiva en el orden internacional. El tema podría quedar encuadrado en un estudio de derecho positivo comparado, pero estando como dijimos el mismo Estado como sujeto pasivo de una relación jurídica que afecta su funcionamiento en el marco de una crisis que afecta su economía en general, la solución de derecho debe provenir de un ordenamiento superior donde el mismo Estado deudor se inserte en una comunidad de pares. De otro modo la opción estará dada por la toma de decisiones unilaterales del mismo Estado endeudado con fundamento en su propio orden jurídico, o quedar subordinado bajo el régimen jurídico de otro Estado a quien cede su soberanía.

Desde esta perspectiva, el dilema para un estudio jurídico está dado por la naturaleza internacional del problema y un derecho positivo que sólo ofrece soluciones en el ámbito de los ordenamientos locales, de manera que el tema puede tener un completo encuadre si nos conformamos al estudio de la cuestión bajo un ordenamiento jurídico definido por fronteras nacionales, pero debemos reconocer que en el ámbito internacional la cuestión se define de facto y no de derecho, dependiendo de

las circunstancias que en cada caso sean la causa de que se imponga la voluntad de las decisiones tomadas en el marco de cada jurisdicción territorial. Es por eso que el abordaje del endeudamiento soberano y su conflictividad como materia de estudio jurídico tiene un aspecto descripto o *de lege lata* con soluciones coherentes a un determinado sistema de validez territorialmente delimitado, que se completa con otro propio de un deber ser o *de lege ferenda*, ordenado a la búsqueda de una definición de alcance global. El primero integrado por elementos de la disciplina jurídica normativa y el segundo que también los toma de la filosofía, la economía o la sociología, como material pre-normativo que se ensamblan bajo el prisma axiológico, que en este caso está dado por el juicio de valor inherente a la justicia distributiva.

Con el énfasis puesto en la evolución histórica del Estado como ente y de sus relaciones con el poder económico, se puede observar el contexto donde también evoluciona un derecho aplicable a la solución de conflictos nacidos de las crisis de deuda pública soberana. Especialmente en el último siglo se dan notables contrastes que oscilan entre una visión de derecho público que privilegia la reserva de soberanía del Estado, a otra de matriz contractualista o de derecho privado que se define por la limitación del carácter público y soberano del Estado deudor. Ambas conviven actualmente en las jurisprudencias locales sin un rumbo de autoridad internacional que pueda arbitrar en última instancia. Queda entonces un amplio margen para el debate dialéctico tras la búsqueda de lo justo en esta materia y en un ámbito aún desintitucionalizado como lo es el de la globalización económica.

De esta forma se plantea el recorrido de las siguientes páginas. Comenzando en los primeros dos capítulos por una aproximación a las distintas fases históricas que caracterizan al Estado moderno, desde sus inicios en el siglo XVII hasta su progresiva desmaterialización en un mundo protagonizado y gobernado sobre la base de relaciones económicas. Esta visión desemboca en un contraste de dos paradigmas bien definidos en la última mitad del pasado siglo, donde las primeras décadas están dominadas por un Estado como regulador de la economía, ocupado del fomento de los derechos sociales, para pasar en las siguientes en un movimiento pendular al extremo opuesto, donde el Estado se asimila en fisonomía y objetivos a las corporaciones mercantiles e inicia un proceso de endeudamiento con el sector privado financiero como método universalmente aceptado de administración económica. Con este contexto pasaremos al siguiente capítulo donde se verán las reglas jurídicas tendientes a legitimar y promover el endeudamiento público, mediante el otorgamiento de las mayores garantías al sector privado financiero, que consisten básicamente en la potestad ilimitada de los gobiernos para endeudar a los Estados y la ausencia de mecanismo para la reestructuración del pasivo, como un ingreso de puertas abiertas de par en par sin salida de emergencia. Esto abre paso al capítulo quinto donde se procurarán describir los métodos de solución de conflictos que se sucedieron durante el último siglo hasta concluir en lo que ya mencionamos como dos posiciones jurídicas bien definidas y discordantes, contractualista de derecho privado por un lado y concursalista de derecho público por el otro, que dimanaban de los fallos en causas decididas por tribunales locales. Finalmente, analizaremos las principales propuestas elaboradas en las últimas tres décadas tras la superación de la aporía jurídica que plantea el Estado endeudado en emergencia económica, para desembocar en lo que entendemos una propuesta alternativa que persigue la inserción de la materia como cuestión de derecho internacional público y la protección del

Estado deudor en crisis, como instrumento para disciplinar –y finalmente minimizar– el negocio de la financiarización privada de las economías públicas.

Capítulo II

ESTADO NACIÓN, ESTADO DE BIENESTAR Y ESTADO MERCANTIL

La problemática del endeudamiento del Estado coloca bajo análisis la estructura jurídica del propio Estado como sujeto de derecho público en tanto se lo reconoce como una persona de derecho privado en su rol de deudor del sector financiero. Esta metamorfosis implica un cambio esencial en la fisonomía jurídica que muestra una nueva fase en la evolución del Estado como ente, su atributo de soberanía y su finalidad.

1. El Estado nacional soberano

El Estado nacional se caracteriza por tener un territorio delimitado, una población constante y un gobierno. El origen histórico de esta organización se identifica con los acuerdos de Westfalia de 1648, a partir de los cuales se inicia un proceso que va dejando atrás un régimen feudal de relaciones personales de poder para dar paso al diseño de organizaciones territoriales y poblacionales definidas en torno a un gobierno que reconoce sus límites espaciales al ejercicio del poder.

El ejercicio exclusivo del poder en el marco territorial remite al concepto de soberanía, cuyo desarrollo teórico nace en forma contemporánea y como justificación de la existencia de los Estados, a partir del reconocimiento de la necesidad de un poder interno al que se sometan los miembros de la comunidad (Bodino, fines del siglo XVI) para evitar la lucha continua y la autodestrucción al que se tiende en estado de anarquía o naturaleza (Hobbes, 1651). El límite territorial implica a su vez relaciones externas entre los Estados sobre la base del reconocimiento recíproco de soberanía (Grocio, principios del siglo XVII).

Justificada la existencia de un poder soberano, territorial y secular, se impone la necesidad de explicar la finalidad de una organización depositaria del poder de la comunidad, inquietud que encuentra respuesta en la justificación del poder para la tutela de los derechos de los individuos (Locke, 1689), y, al tiempo, le sigue el análisis acerca de la legitimidad del ejercicio de ese poder, fundamentación que encarna la teoría del *contrato social* (Rousseau, 1762), entendido como un instrumento ideal mediante el cual los derechos del hombre en estado de naturaleza se transforman para cada individuo en derechos civiles que los hace ciudadanos libres, iguales y partícipes del poder soberano del Estado¹.

De esta forma el concepto de soberanía, asociado a las organizaciones llamadas “Estados”, evoluciona desde la justificación de la existencia de un poder central para la supervivencia, que finca en razones de protección y organización, hacia el

¹ Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, Bs. As., Depalma, 8ª ed., 1980, p. 478 y siguientes.

reconocimiento de que ese poder tiene un sentido humanista, debe proveer y garantizar el ejercicio de derechos a todos los hombres. Como señala Ciuro Caldani, “la soberanía de los Estados tiene, entre sus últimos fundamentos axiológicos, una particular realización del bien común respecto de los habitantes del país de que se trate y la protección de un particular complejo de valores que, en definitiva, es un especial estilo de realización del valor humanidad”².

Desde este punto de vista la soberanía es el rasgo que distingue a los Estados de cualquier otro ente, un atributo que está en su esencia, justifica su existencia y determina su finalidad. El Estado es soberano porque no está sometido a ningún otro poder o jerarquía, lo que significa que por sobre el ordenamiento jurídico estatal no existe otro ordenamiento jurídico superior³.

En lo que interesa aquí, esta breve retrospectiva del concepto de Estado nacional soberano nos permite aproximarnos a la idea de un ente necesario de organización que conjuga el ejercicio del poder en condiciones de legitimidad, en tanto supone mecanismos de integración, desarrollo y participación de los miembros de la comunidad que gobierna. Pero si bien esta explicación puede servir para justificar el reparto y ejercicio del poder interno al propio Estado mediante una arquitectura jurídica con algún grado de sistematización, la cuestión es menos clara cuando se intenta estructurar un derecho positivo para la comunidad de Estados, es decir un derecho internacional o más propiamente un derecho interestatal.

Si bien existen relaciones e instituciones que vinculan a los Estados, el propio concepto de soberanía brinda argumentos para cuestionar la existencia o juridicidad del llamado “derecho internacional”, porque: 1) no hay un legislador común que dicte normas a los Estados; 2) no hay un tribunal internacional que las aplique, y 3) no hay autoridad o fuerza que las haga respetar⁴. Aunque se podría replicar que la existencia de tratados e instituciones que incluyen la participación directa de los Estados, además de cortes o tribunales de arbitraje, en alguna medida refutarían los dos primeros argumentos, la carencia de una autoridad imparcial que detente legitimidad y eficacia para el ejercicio de la fuerza, vale decir para hacer cumplir las normas, sentencias o laudos a los Estados y por sobre los Estados, pone de relieve que la evolución del derecho positivo encuentra un límite cierto en las fronteras territoriales.

Así entonces se podría decir que la asociación conceptual de Estado, soberanía y derecho positivo, evolucionó como una eficaz herramienta de organización con algún grado de objetividad formal, pero sólo en la faz interna, dentro de las fronteras del mismo Estado, mientras que en la dimensión extraterritorial, es decir en el plano de las relaciones entre los Estados y de éstos con personas u organizaciones, nos encontramos en una situación primitiva, como en aquel estado de naturaleza anterior a la existencia del propio Estado como organización. Desde esta perspectiva lo que conocemos como globalización o mundialización es un ámbito que aparece como ajeno al derecho estatal, de modo que los problemas que allí se plantea –en principio– no encontrarán una solución acabada en la sistemática jurídica.

² Ciuro Caldani, Miguel Á., *Notas de un homenaje a Juan Bautista Alberdi y Luis María Drago*, disponible en www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/143/105, p. 81.

³ Aftalión, Enrique R. - Vilanova, José - García Olano, Fernando, *Introducción al derecho*, t. II, Bs. As., El Ateneo, 1956, p. 49.

⁴ Aftalión - Vilanova - García Olano, *Introducción al derecho*, t. II, p. 33.

La cuestión es que si para justificar el ejercicio y legitimación del poder nos remitimos a una teoría del Estado cristalizada en sus fundamentos básicos en el siglo XVIII, no podemos menos que advertir sobre los problemas de cimiento que tendrá la estructura jurídica que pretenda regir las relaciones y dar respuesta a conflictos que surgen al cabo de más de dos siglos de evolución⁵. Pero la críticas de esta organización mundial establecida sobre la base de la división territorial del poder, porque –entre otros motivos– no resulta representativa de comunidades homogéneas, deviene en una geografía asimétrica o no resulta eficaz a la hora de ejercer el control sobre los poderes fácticos, están planteadas sin una propuesta institucional superadora. Es que el avance del proceso de globalización no estuvo acompañado por el institucional para su gobierno, prueba de lo cual es el decadente protagonismo de organizaciones como las Naciones Unidas, y por lo tanto no existe en la actualidad ninguna institución que reemplace al Estado garantizando un mayor grado de legitimación popular en el ejercicio del poder para arbitrar y equilibrar las relaciones humanas en pos de la realización del valor justicia.

Desde una visión sociológica Bauman advierte sobre un proceso histórico donde la estructura del Estado está perdiendo vigencia como representativo de comunidad y depositaria del poder, pero en el cual no se vislumbra ninguna alternativa política que venga en su reemplazo⁶, lo cual supone que si bien el Estado nacional es un instrumento imperfecto como medida del derecho positivo en la *era global*, no existe otro ente más evolucionado o superior capaz de salvar al hombre del estado de naturaleza, lo cual reafirma la necesidad de la preservación del Estado no sólo como árbitro en las relaciones internas sino como integrante de la comunidad mundial.

Desde esta perspectiva la misión de analizar las relaciones externas del Estado pone en juego una argumentación jurídica pero también metajurídica desde donde se puedan definir fundamentos integradores de los ordenamientos conocidos, para lo que no resultará suficiente un análisis del sistema normativo, ya que en la *globalidad* no existe una norma básica o fundamental que presuponga la legitimidad de una arquitectura jurídica y una institución destinada a ordenar las relaciones humanas. Queda así planteada una primera aporía, ya que si bien se puede reconocer al Estado como un ente relativamente débil en términos globales, la falta de otra organiza-

⁵ Cañardo, Hernando V., *El uso de la fuerza frente a las agresiones de baja intensidad*, disponible en <http://200.16.86.50/digital/34/revistas/pi/canardo55.pdf>.

⁶ Bauman, Zygmunt, *Esto no es un diario*, Bs. As., Paidós, 2012, p. 118 y 119: “Lo ‘viejo’, que está perdiendo su anterior fuerza y su potencial para la acción, es esa segmentación del mundo en porciones de órdenes locales nominalmente soberanos basada en una supuesta (y cada vez más ficticia) coincidencia y fusión entre territorio, Estado y nación. Lo ‘nuevo’, que todavía no se ha manifestado, es un orden global y verdaderamente ‘ecuménico’, basado en la comunidad humana del conjunto del planeta, pero no necesariamente (a diferencia de lo que había venido sucediendo en el pasado) en la unidad religiosa, étnica, cultural y política de dicha comunidad. Para empeorar las cosas, carecemos de un precedente histórico que nos garantice que esta clase de novedad es plausible. La idea de que todo ser humano tiene un derecho inalienable a participar en una comunidad formada por el conjunto de la humanidad y, por consiguiente, tiene también el derecho al reconocimiento, el respeto y la dignidad debidos a todos los seres humanos por el simple hecho de serlo y con independencia de todo matiz o calificación que lo separe de otros seres humanos, sorprende por lo abruptamente que desentona con la que hasta el momento se ha percibido como naturaleza inalterable de la convivencia humana”.

ción más legítima y eficaz lo convierte en indispensable para la protección de los derechos humanos en sentido amplio.

2. Estado de bienestar

La existencia del Estado no es neutral. El Estado presupone una estructura jurídica que consolida ciertos derechos que se proyectan en la sociedad, es decir en las relaciones de poder interno. En la evolución del Estado moderno vemos como el cuestionamiento del ejercicio del poder sin legitimidad popular promueven cambios (Revolución Francesa, 1789) a los que sobreviene una nueva etapa histórica que marca las nuevas relaciones de subordinación social. El lugar que ocupaba la clase noble lo toma otra clase a la que se conocerá como la burguesía. Mientras que el señorío de la primera se daba en base al derecho de sangre, el de la segunda se consolidará a partir del derecho de propiedad.

Este proceso se inicia con el descubrimiento de la máquina a vapor lo cual permitió nuevas formas de producción de bienes dando lugar a la llamada Revolución Industrial que inicia en Inglaterra hacia finales del siglo XVIII. A medida que la producción artesanal queda atrás, quien cuenta con recursos para ser propietario de los bienes aptos a las nuevas formas de producción pasa a ser quien dispone del poder para determinar como, cuanto y cuando se produce. Los dueños del capital se constituyen en un grupo o clase social minoritaria pero, al amparo del derecho de propiedad privada y de contratación libre garantizada por el Estado, son quienes concentran el poder de producción y distribución de los bienes de subsistencia para toda la población.

Ocurre entonces que el logro de igualdad ante la ley que transforma al súbdito en ciudadano, trae como contracara la desprotección de la gran masa de la población porque no se ven contempladas las situaciones de desigualdad en los hechos que la ley al ignorarlas no hace más que consagrar y cristalizar. Así al amparo del Estado como garante del orden social, los avances tecnológicos concentran cada vez más la riqueza en manos de la clase capitalista. La igualdad jurídica con desigualdad económica, exhibe un claro formalismo inconsistente porque la gran mayoría no encuentra mejoras en su calidad de vida. Por el contrario las nuevas formas de producción auspiciaron la competencia entre capitalistas por mayor lucro, en detrimento de los derechos de los trabajadores. Contra ello aparecen los trabajos teóricos de los primeros socialistas como Robert Owen en Inglaterra, y Henri de Saint-Simon, Charles Fourier y Étienne Cabet en Francia, que luego se radicaliza en autores como Karl Marx en Alemania, quien reacciona frente a su mirada de la relación de la clase capitalista y la clase trabajadora de mediados del siglo XIX⁷.

⁷ Marx, Karl, *Manifiesto del Partido Comunista*, Madrid, Sarpe, 1985, p. 35: "La industria moderna ha transformado el pequeño taller del maestro patriarcal en la gran fábrica del capitalista industrial. Masas de obreros, hacinados en la fábrica, son organizados en forma militar. Como soldados rasos de la industria, están colocados bajo la vigilancia de toda una jerarquía de oficiales y suboficiales. No son solamente esclavos de la clase burguesa, del Estado burgués, sino diariamente, a todas horas, esclavos de las máquinas, del capataz y, sobre todo, del burgués individual, patrón de la fábrica. Y este despotismo es tanto más mezquino, odioso y exasperante cuanto mayor es la franqueza con que proclama que no tiene otro fin que el lucro".

De este modo, superados los interrogantes acerca de la necesidad de la existencia del Estado y de la legitimidad de quienes detentaban el poder dentro del Estado, el desafío era definir cómo y en qué medida el Estado debía intervenir mediante reglamentaciones que limiten el derecho de contratación libre en materia de trabajo y que den cobertura a los ciudadanos en situación de pobreza, de otro modo, como agudamente señala Capón Filas, el costo social del desarrollo en el Estado capitalista se convierte en una forma larvada de esclavitud. De lo que se trata es de encontrar la manera cómo dar a cada cual lo suyo, de tal modo que todos los hombres logren condiciones de vida razonables y por lo tanto justicieramente iguales, sin ahogar la unicidad de cada cual. Condiciones de vida y no simples situaciones de igualdad legal⁸.

Pero el favorecimiento de la concentración de la riqueza por parte del Estado, subordina no sólo a la población sino también al mismo Estado al poder creciente de quienes detentan los medios de producción, porque no sólo disponen de los medios de subsistencia de la gente sino también de las estructuras del propio Estado. A causa de esta influencia determinante se requerirá de un largo desarrollo para el reconocimiento de un derecho especial destinado a regir las relaciones laborales.

Si bien ya a principios del siglo XIX aparecen reglamentaciones aisladas tendientes a limitar el trabajo infantil, se necesitará de toda la centuria para avanzar en el reconocimiento de una legislación sobre accidentes de trabajo y organizaciones sindicales, que a principios de siglo XX se extiende al límite de la jornada laboral⁹. En nuestro país la primera ley laboral es de 1905 referida al descanso dominical, seguida por el régimen de trabajo de mujeres y menores de 1907 y en 1915 por el de accidentes de trabajo. Luego, la consolidación del límite a la autonomía de la voluntad en la contratación laboral vendrá de la mano de las políticas que se implementan en los Estados Unidos, en el marco de la crisis económica de la década del treinta. Con el *new deal* (nuevo acuerdo) se establecen normas para la regulación del empleo cuya constitucionalidad se afirma a partir de la doctrina del caso “West Coast Hotel Co. v. Parrish”, dictado por la Corte Suprema en 1937¹⁰, a lo que le sigue en ese país la ley nacional de estándares laboral en 1938¹¹.

⁸ Capón Filas, Rodolfo E., *Derecho laboral*, t. 1, La Plata, Platense, 1979, p. 9 cita un ejemplo de Anatole France: “se prohibía por igual a los ricos y a los pobres, dormir bajo los puentes de París pero la diferencia no existía en la formación legal que trataba a todos por igual, sin hacer distinción de personas y siendo por esta consideración una norma justa, sino se manifestaba en que mientras unos tenían camas en donde reposar, los otros no tenían ni siquiera jergones para tirarse sobre ellos” y concluye: “mientras no se haya descubierto el sentido de la civilización, que no es otro que permitir a la humanidad vivir sobre el planeta y en el cosmos como continuadora consciente de la obra personalista y comunitaria de una fuerza que es de la misma característica y ha iniciado la evolución en ese mismo sentido, mientras no se capte que la falsa dicotomía entre ‘individualismo’ y ‘colectivismo’ sólo conduce a posiciones ideológicas no reales, mientras no se acepte que la persona humana sólo se desarrolla como tal en el seno de una comunidad y que por lo tanto vale lo personal y vale lo comunitario, no sabremos dar respuesta verdadera a la pregunta ¿qué es lo suyo de cada cuál?”.

⁹ Ackerman, Mario E. (dir.), *Tratado de derecho del trabajo*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 77 y 78.

¹⁰ Elsie Parrish era una empleada en un hotel propiedad de la West Coast Hotel Company a la que demandó por pagarle menos de lo que el “Comité por el bienestar en la industria” y el “Supervisor de las mujeres en la industria” establecían en la legislación estatal como salario mínimo para una jornada de 48 horas semanales. El tribunal inferior falló a favor del empresario pero el Tribunal Supremo del Estado falló a favor de la empleada. El empresario recurrió entonces ante el Tribunal Su-

En forma paralela a la reglamentación del contrato de trabajo se desarrolla un régimen de seguros para cobertura de enfermedades, el primero en la Alemania de Bismark (1883), que luego se extiende a los desocupados y al retiro por edad avanzada. Tras la Primera Guerra Mundial estos sistemas de seguros se desarrollaron rápidamente en varias regiones y se incluyen en los programas de las organizaciones internacionales como la Organización General del Trabajo (1919) y Conferencia Internacional de Uniones Nacionales de Mutualidades y Cajas de Seguro de Enfermedad (1927). La ley de seguro social de 1935 en Estados Unidos impone una nueva visión que combina “seguridad económica” con “seguro social”. Esta ideología se expande por Europa, primero en el Reino Unido con la implementación del Plan Beveridge que dio lugar a la creación del primer sistema unificado de seguridad social, tendencia que se consolida luego en Francia con el establecimiento de un sistema del mismo cuño en 1948. Con todo esto puede decirse que la década del cuarenta es en la que se difunde y pone en práctica a nivel internacional el sistema de seguridad social como factor de justicia, equilibrio y estabilidad de las economías capitalistas, que se ve coronado en 1948 cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo art. 22 reconoce que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social”, bandera que toma la OIT en 1952 con la firma del Convenio sobre la Seguridad Social¹².

Sobre estos dos pilares, derecho del trabajo y derecho de la seguridad social, se edifica lo que a partir de la posguerra (1945) se conocerá como Estado de bienestar o Estado benefactor que –como lo señala Offe¹³– ha servido como principal fórmula pacificadora de las democracias capitalistas avanzadas, caracterizándose por la obligación que asume el Estado de suministrar asistencia y apoyo a los ciudadanos que sufren necesidades y riesgos específicos y propios de la sociedad mercantil. Las instituciones del Estado de bienestar tienen como misión equilibrar los desajustes que se producen a partir del proceso de acumulación capitalista, asumiendo un rol activo en la redistribución de la riqueza.

premo de los Estados Unidos, que falló a favor de la constitucionalidad de la legislación estatal que estableciera limitaciones a la libertad contractual cuando dicha limitación protegía a la comunidad, la salud y la seguridad de los trabajadores, o a grupos considerados más vulnerables, como en el caso lo eran las mujeres: “La Constitución prohíbe privar [a alguien] de la libertad de contratación sin el debido proceso legal, pero [sí] es proceso debido el restringir o regular esa libertad cuando sea razonable en relación a su sujeto y si se hace para proteger a la comunidad contra males que amenacen la salud, la seguridad, la moralidad y el bienestar de la gente... El órgano legislativo tiene necesariamente un amplio margen de discrecionalidad al tratar la relación entre el empleado y el empresario para asegurar una adecuada protección de la salud y la seguridad, y que la paz y el buen orden puedan ser fomentados mediante regulaciones diseñadas para garantizar unas condiciones de trabajo sanas y libertad contra la opresión”.

¹¹ La ley nacional de estándares laborales de 1938 establecía una cantidad de horas máximas laborables (44 semanales), salarios mínimos para la mayoría de las categorías de trabajadores y reafirmó la ilegalidad del trabajo infantil.

¹² OIT, *De Bismarck a Beveridge: seguridad social para todos*, 2009, disponible en www.ilo.org/global/publications/magazines-and-journals/world-of-work-magazine/articles/ilo-in-history/WCMS_122242/lang-es/index.htm

¹³ Offe, Claus, *Contradicciones en el Estado de bienestar*, Madrid, Alianza Editorial, 1990, p. 135.

El Estado de bienestar viene así a promover una alianza entre el capital y el trabajo, donde, si bien el régimen de acumulación continúa vigente, el trabajador pasa a ser protagonista no sólo en la faz productiva sino también en su rol de consumidor como parte indispensable del circuito económico. Con la promoción de la organización *fordista* de la empresa y luego con las ideas económicas promovidas por J. M. Keynes, el pleno empleo y el acceso al crédito del trabajador contribuyen a agregar demanda que estimula un círculo virtuoso de crecimiento económico.

Legítimo no es ya aquel Estado que se mantiene como sereno árbitro del libre juego socio-económico, de la competencia y de los conflictos sociales, sino que ahora el Estado para legitimarse debe intervenir en los conflictos sociales en un sentido pacificador y en toda suerte de relaciones privadas con el fin de garantizar el bienestar de los ciudadanos¹⁴. Como en el siglo XVII continúa vigente la necesidad del Estado como ente dotado de supremo poder para salvar al hombre del “estado de naturaleza” (Hobbes), pero ahora se toma conciencia que esa misma premisa no sólo comprende cuestiones de seguridad física sino que debe integrarse con la regulación de los derechos económicos de propiedad y contratación, porque el “estado de naturaleza económico” se transforma en un régimen de acumulación desigual donde ningún derecho puede ser efectivamente ejercido por los más débiles y excluidos de la sociedad.

El temor al contagio de la Revolución Rusa de 1917 es un disuasivo para el avance de la ideología que promueve dentro del mismo Estado liberal los mecanismos jurídicos para lograr lo *justo* también en lo social. Así es que el derecho social se consolida sobre la base de un sustrato ideológico que crece con el impulso de una particular situación histórica donde el Estado democrático occidental debió flexibilizarse para subsistir. Fruto de ello se consagran principios y derechos a nivel internacional que dan lugar al reconocimiento de una nueva categoría de derechos humanos: mientras que la libertad, los derechos políticos y el derecho a la propiedad constituyen la primera generación de derechos humanos, ahora aparecen y se reconocen los derechos sociales como una segunda generación de derechos humanos.

Estos principios básicos del Estado de bienestar adquieren en muchos países reconocimiento constitucional, dando paso a lo que se conocerá como constitucionalismo social¹⁵, desarrollándose como una arquitectura jurídica que consolida los valo-

¹⁴ Cotarello, Ramón, *Del Estado de bienestar al Estado de malestar*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 13.

¹⁵ En el art. 37 de la Const. nacional dictada en 1949, vigente hasta 1955, se establecía un catálogo que permite resumir el contenido derecho social de la época: “1) Derecho de trabajar. El trabajo es el medio indispensable para satisfacer las necesidades espirituales y materiales del individuo y de la comunidad, la causa de todas las conquistas de la civilización y el fundamento de la prosperidad general; de ahí que el derecho de trabajar debe ser protegido por la sociedad, considerándolo con la dignidad que merece y proveyendo ocupación a quien lo necesite. 2) Derecho a una retribución justa. Siendo la riqueza, la renta y el interés del capital frutos exclusivos del trabajo humano, la comunidad deber organizar y reactivar las fuentes de producción en forma de posibilitar y garantizar al trabajador una retribución moral y material que satisfaga sus necesidades vitales y sea compensatoria del rendimiento obtenido y del esfuerzo realizado. 3) Derecho a la capacitación. El mejoramiento de la condición humana y la preeminencia de los valores del espíritu imponen la necesidad de propiciar la elevación de la cultura y la aptitud profesional, procurando que todas las inteligencias puedan orientarse hacia todas las direcciones del conocimiento, e incumbe a la sociedad estimular el esfuerzo individual proporcionando los medios para que, en igualdad de oportunidades, todo individuo pueda ejercitar el derecho a aprender y perfeccionarse. 4) Derecho a condiciones dignas de trabajo. La

res madurados desde la irrupción de la Revolución Industrial durante casi un siglo y medio, que se impuso en tiempos en que la alternativa cierta era la de un Estado socialista cuya propuesta se orientaba a imponer los derechos humanos de segunda generación sacrificando a los derechos humanos de primera generación. Fruto entonces de la ideología y de la oportunidad histórica de la segunda posguerra se materializa el derecho social con una sólida base de reconocimiento internacional y constitucional. Pero como la monarquía y la clase noble en general, con la contrarreforma tras la caída de Napoleón Bonaparte en 1815, intentan retomar la posición de poder perdida por obra de la Revolución Francesa, también la dinámica del proceso capitalista lleva a la crisis del Estado de bienestar.

A partir de los años setenta del pasado siglo se repite la secuencia de ideología y oportunidad histórica para forjar un derecho reaccionario, cuestionando primero la base axiológica que funda el Estado benefactor y su sustentabilidad económica y atacándolo luego cuando el poder económico capitalista se torna hegemónico con el fracaso y caída del régimen comunista soviético. La convergencia de estos dos factores viene a impactar sobre el derecho social, sirviendo el sobreendeudamiento soberano como eficaz instrumento a tal fin.

consideración debida al ser humano, la importancia que el trabajo reviste como función social y el respeto recíproco entre los factores concurrentes de la producción, consagran el derecho de los individuos a exigir condiciones dignas y justas para el desarrollo de su actividad y la obligación de la sociedad de velar por la estricta observancia de los preceptos que las instituyen y reglamentan. 5) Derecho a la preservación de la salud. El cuidado de la salud física y moral de los individuos debe ser una preocupación primordial y constante de la sociedad, a la que corresponde velar para que el régimen de trabajo reúna requisitos adecuados de higiene y seguridad, no exceda las posibilidades normales del esfuerzo y posibilite la debida oportunidad de recuperación por el reposo. 6) Derecho al bienestar. El derecho de los trabajadores al bienestar, cuya expresión mínima se concreta en la posibilidad de disponer de vivienda, indumentaria y alimentación adecuadas, de satisfacer sin angustias sus necesidades y las de su familia en forma que les permita trabajar con satisfacción, descansar libres de preocupaciones y gozar mesuradamente de expansiones espirituales y materiales, impone la necesidad social de elevar el nivel de vida y de trabajo con los recursos directos e indirectos que permita el desenvolvimiento económico. 7) Derecho a la seguridad social. El derecho de los individuos a ser amparados en los casos de disminución, suspensión o pérdida de su capacidad para el trabajo promueve la obligación de la sociedad de tomar unilateralmente a su cargo las prestaciones correspondientes o de promover regímenes de ayuda mutua obligatoria destinados, unos y otros, a cubrir o complementar las insuficiencias o inaptitudes propias de ciertos períodos de la vida o las que resulten de infortunios provenientes de riesgos eventuales. 8) Derecho a la protección de su familia. La protección de la familia responde a un natural designio de individuo, desde que en ella generan sus más elevados sentimientos efectivos y todo empeño tendiente a su bienestar debe ser estimulado y favorecido por la comunidad como el modo más indicado de propender al mejoramiento del género humano y a la consolidación de principios espirituales y morales que constituyen la esencia de la convivencia social. 9) Derecho al mejoramiento económico. La capacidad productora y el empeño de superación hallan un natural incentivo en las posibilidades de mejoramiento económico, por lo que la sociedad debe apoyar y favorecer las iniciativas de los individuos tendientes a ese fin, y estimular la formación y utilización de capitales, en cuanto constituyen elementos activos de la producción y contribuyan a la prosperidad general. 10) Derecho a la defensa de los intereses profesionales. El derecho de agremiarse libremente y de participar en otras actividades lícitas tendientes a la defensa de los intereses profesionales, constituyen atribuciones esenciales de los trabajadores, que la sociedad debe respetar y proteger, asegurando su libre ejercicio y reprimiendo todo acto que pueda dificultarle o impedirlo”.

3. Justicia distributiva

Que el Estado se ocupe del bienestar de su población implica que se hace cargo de intervenir en la distribución de derechos y recursos. Para ello como premisa debe existir un Estado con vocación y capacidad regulatoria para transformar en derecho positivo el valor *justicia distributiva o social*, vale decir para intervenir ordenado a lo justo en la asignación de los beneficios y las cargas emergentes de la actividad económica.

En este punto no se puede pasar por alto la existencia de una controversia esencial en lo relativo al rol del Estado. Aquí la discusión dialéctica se dará en la búsqueda de los primeros principios que dirimen si el Estado debe permanecer neutral o debe intervenir en la vida económica de la sociedad, y en su caso en que medida. Un tópico esencial en este estudio será la toma de partido por una definición del valor justicia, particularmente en torno a que debe entenderse por el principio de igualdad, si es de igualdad ante la ley o si se trata –además– de igualdad de condiciones de vida para la aplicación de la ley.

Este aspecto es el que mayores dificultades trae al análisis jurídico positivista, porque remite al plano de los juicios de valor en el cual habría que admitir la existencia de normas primarias, o principios que no derivan de otros. Si bien gracias a la experiencia y a la demostración se puede establecer la verdad de algunos hechos y de algunas proposiciones lógicas y matemáticas, el juicio de valor continúa siendo controvertido, sin que se haya podido encontrar un método racional que permita establecer un acuerdo sobre la materia¹⁶. Sin embargo, admitir la necesidad de proponer principios no derivados o primeros principios es esencial a cualquier ordenamiento jurídico, ya que en todos los casos el sistema incorpora ciertos valores desde su norma básica o fundamental.

A este respecto tenemos el ejemplo en los derechos económicos en el modo y la extensión del derecho de propiedad. Así en una sociedad que reconoce el uso y goce de las cosas para la satisfacción exclusiva de necesidades de su dueño y el derecho a transmitir las a su libre antojo, se establecerá un cierto juicio de valor conforme el cual la búsqueda del bien individual se ordena a lo justo. Esta visión presupone que las cosas reproducen su valor para su dueño exclusivamente, es decir que no sólo el trabajo individual crea valor sino también las mismas cosas se reproducen por sí mismas y el derecho positivo constituye la estructura que garantiza el respeto en esta asignación de recursos. Lejos de tratarse de una ley de la física es sólo un cierto orden del que mal puede predicarse que resulte ajeno a todo juicio de valor, sino que claramente expresa un modo de realización y de legitimación del valor expresado en la norma, que se reproduce en forma igual sin que esa sola circunstancia implique mayor objetividad al sistema.

Es por ello que la cuestión de la justicia distributiva está inescindiblemente unida al derecho de propiedad. Desde el mismo momento que un ordenamiento jurídico reconoce y garantiza el respeto del derecho de propiedad esta distribuyendo los recursos disponibles de una cierta forma. El punto crítico entonces es determinar lo justo en esa cierta distribución de riqueza, lo cual conducirá a discernir el orden de

¹⁶ Perelman, Chain, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979, p. 133 y 134.

méritos para la asignación de riqueza en base a la participación de cada miembro de la comunidad como productor y también como consumidor.

La cuestión fue abordada por Rawls quien entendía que el proceso de creación involucra a toda la comunidad, mientras que el de reparto y apropiación de bienes emerge de una cierta y arbitraria estructura básica en la que el Estado debe intervenir con vistas a compensar y corregir los desajustes de la acumulación libre e ilimitada de riqueza en un sector de la sociedad. Desde esta visión propone la conciliación de lo individual y lo social como premisas de una sociedad justa, y lo hace en base a dos principios de justicia. El primero se corresponde con que toda persona tiene el mismo derecho a la más extensa libertad compatible con igual libertad de todos en una sociedad, dentro de lo cual se incluyen los derechos políticos, la libertad de conciencia y pensamiento y los derechos civiles en general. El segundo parte de la base que toda organización social determina de manera arbitraria un reparto de recursos, de modo que lo justo se corresponde con un orden de derechos tendiente a equilibrar esta asignación, concluyendo con enfoque utilitarista que “la estructura básica es justa en todas sus partes cuando las ventajas de los más afortunados promueven el bienestar de los menos afortunados”¹⁷.

Esta posición teórica postula que una organización social es sólo justa si concilia los beneficios de la libertad con los del progreso para cada individuo. Trasladando la referencia a una estructura jurídica estatal, estaremos a que ésta sólo será justa si atiende a la obtención igualitaria de los beneficios para cada ciudadano tanto en lo referente a las libertades políticas cuanto a las participaciones económicas, cifrando en esto último el requisito de justicia distributiva o social. De este modo rememora los valores revolucionarios de fines del siglo XVIII de libertad, asociado con lo que describe como primer principio de justicia, de igualdad, que se corresponde con el acceso parejo de los ciudadanos a las oportunidades de desarrollo personal, e incorpora el de fraternidad, que junto con el anterior consolidan el segundo principio de justicia y que se concreta mediante la regulación del mercado del trabajo y la transferencia de recursos a partir de la aplicación progresiva de impuestos a los sectores de más fortuna y la transferencia niveladora y compensatoria a los más perjudicados¹⁸.

¹⁷ Rawls, John, *Economic justice*, Penguin Books Inc., 1973, Cap. 4, Sección 13, p. 61. Cito también p. 87: “Considérese el siguiente concepto del bien: la justicia social depende positivamente de dos cosas, de la igualdad de distribución (entendida como igualdad de niveles de bienestar) y del bienestar total (entendido como la suma de utilidades de todos los individuos). Según esta visión, un sistema social es mayor que otro sin ambigüedades si es mayor según los dos criterios, esto es, si las expectativas que define son menos desiguales y a la vez suman un total mayor. Otro concepto del bien se puede obtener si se reemplaza el principio de igualdad con el principio de un mínimo social; y así un ordenamiento de instituciones es preferible a otros sin ambigüedades si las expectativas suman un total mayor y si el mínimo que propone es más alto. Aquí se trata de maximizar la suma de expectativas con la limitación de que a nadie se le permite descender por debajo de un nivel de vida decoroso. En estos conceptos los principios de igualdad y de mínimo social representan las demandas de justicia, y el principio de bienestar total, las de eficiencia. El principio de utilidad desempeña el papel del principio de eficiencia cuya fuerza está limitada por el principio de justicia”.

¹⁸ Rawls, *Economic justice*, p. 71: “Ahora podemos asociar las ideas de libertad, igualdad y fraternidad con la interpretación democrática de los dos principios de justicia, como sigue: la libertad corresponde al primer principio, la igualdad a la igualdad de oportunidades equitativas, y la fraternidad al principio de diferencia”. Con respecto al que denomina principio de diferencia refiere que “el principio de diferencia dice que estas desigualdades (las desigualdades sociales) son justas solamente si

Sin embargo, esta posición no es la que impera en la actualidad. Stiglitz observa que prácticamente todas las leyes tienen consecuencias distributivas, porque todo sistema económico funciona dentro de un determinado marco jurídico que tiene necesarias consecuencias en la distribución de la riqueza, e inmediatamente realiza un juicio de valor advirtiendo que el Estado capitalista en las últimas décadas ha forjado un ordenamiento jurídico tendiente a concentrar la riqueza, es decir que se constituyó en árbitro para favorecer la desigualdad dentro de la sociedad y no para limitarla¹⁹.

Si bien, como destaca Bauman, la conjunción de experiencias e intereses divergentes a menudo irreconciliables torna poco probable que alguna vez alcancemos un modelo indiscutido de “sociedad justa”, ante la apuntada paradoja de una *justicia distributiva invertida* es posible por lo evidente establecer un acuerdo sobre la legitimidad y la necesidad de un rol activo del Estado para fomentar el bienestar de los desvalidos como fórmula para realizar el derecho humano a una vida digna²⁰.

Siendo que el punto de partida son los principios a los que debe ordenarse lo jurídico, un tópico inicial ha de ser el acuerdo acerca de que el estado de naturaleza en lo económico es tan destructivo como el estado de naturaleza social, porque, como sostenía Hobbes, el hombre tiende a la lucha permanente sin un ordenador que asigne y reglamente derechos. Entonces este ordenador, que en el plano secular es el Estado, deberá tender a garantizar la libertad individual en condiciones de igualdad en el ejercicio de derechos, lo que implica un rol activo en la redistribución de la riqueza para la morigeración de la desigualdad como forma de realización de la justicia distributiva y base de sustentación axiológica del derecho social.

4. Doctrina social de la Iglesia

Los cambios sociales que impusieron las revoluciones política (francesa) y económica (industrial) de finales del siglo XVIII y su consolidación durante el siglo siguiente, unido al confronte de posiciones extremas fundadas de un lado en la liber-

forman parte de un sistema más amplio dentro del cual se beneficia al individuo representativo más desafortunado. Las participaciones distributivas justas que determina la estructura básica son las que especifica este principio de máximo limitado” (p. 62).

¹⁹ Stiglitz, Joseph E., *El precio de la desigualdad*, Bs. As., Taurus, 2012, p. 34, 110 y 125. Lo ilustra señalando que “cuando nos preguntamos cómo es posible que los financieros consigan acumular tanta riqueza, una parte de la respuesta es muy sencilla: han ayudado a redactar un conjunto de normas que les permite hacer grandes negocios incluso durante las crisis que han contribuido a crear”, y pone como ejemplo que “Estados Unidos gastó mucho más dinero en rescatar a los grandes bancos (contribuyendo a que estos mantuvieran sus generosas bonificaciones) de lo que gastó en ayudar a los que se habían quedado sin empleo a consecuencia de la recesión que provocaron esos grandes bancos”, concluyendo que se ha creado para los bancos y las grandes empresas una red de seguridad mucho más fuerte que para los trabajadores e indigentes.

Kristof, Nicholas D., columnista de “The New York Times”, publicó el 7/10/12 en “Clarín”, supl. iEco, p. 5: “Nuestra –la de EEUU– riqueza se ha distorsionado tanto que el 1% más adinerado posee más riqueza colectiva que el 90% restante, según el Instituto de Política Económica de Washington... El problema no es que los ricos sean venales o inmorales, sino que hoy el nivel de desigualdad es inusual tanto para los parámetros mundiales como los históricos de Estados Unidos. Y, como señala Stiglitz, cada vez más evidencia de que la desigualdad en los niveles que hemos alcanzado ahoga el crecimiento y el empleo”.

²⁰ Bauman, *Esto no es un diario*, p. 174 y 175.

tad de mercado, autonomía de la voluntad individual y propiedad privada como derechos absolutos garantizados por el Estado, y del otro en la anulación de la propiedad privada y de todo atributo del individuo a favor de una burocracia estatal, impulsa la aparición de una adaptada y actualizada doctrina social de la Iglesia como un núcleo ideológico²¹ ordenado al bien común de naturaleza *sui generis*, con posición propia y perfiles bien determinados, que difiere sustancialmente, tanto del liberalismo individualista cuanto del socialismo colectivista.

La concreción contemporánea de la doctrina social de la Iglesia se edifica a partir de la Encíclica “Rerum Novarum”, del Pontífice León XIII, del 15 de mayo de 1891, a la que siguen “Cuadragésimo Año”, del 15 de mayo de 1931 y “Divini Redemptoris”, del 19 de marzo de 1937, ambas del Papa Pío XI, y “Mater et Magistra”, del 15 de mayo de 1961, del Pontífice Juan XXIII, entre los documentos que inspiran y acompañan el nacimiento del Estado benefactor y el constitucionalismo social en los países occidentales²².

Resulta innegable la influencia particularmente de la “Rerum Novarum” en la aparición como *nuevo derecho* (tal la nomenclatura de Alfredo Palacios, 1920) de la rama jurídica del trabajo como una manera de poner límites y equilibrar el poder empresarial sobre el trabajador, pues “lo primero que hay que hacer es liberar a los obreros de la crueldad de los hombres codiciosos, que a fin de aumentar sus ganancias abusan sin moderación alguna de las personas como si no fueran personas sino cosas... Y si acaeciese alguna vez que el obrero, obligado por la necesidad o movido por el miedo a un mal mayor, aceptase una condición más dura, que aunque no quisiera, tuviera que aceptar por imponérsela absolutamente el amo o contratista sería eso hacer violencia, y contra esa violencia reclama la justicia”, y no menos trascendente en materia de seguridad social “porque la raza de los ricos, como se puede amurallar con sus recursos propios, necesita menos del amparo de la autoridad pública; el pobre pueblo, como carece de medios propios con que defenderse, tiene que apoyarse grandemente en el patrimonio del Estado”.

Este pensamiento se actualiza y complementa en la Encíclica “Cuadragésimo Año” en la cual el Pontífice advierte ya en 1931 como a la libre competencia ha sucedido la dictadura económica, cuyas funestas consecuencias son de un lado el extremado nacionalismo y del otro el imperialismo internacional del capital, planteando la necesidad de concretar lo justo social, señalando que “para evitar ambos escollos, el individualismo y el socialismo, debe tenerse presente el doble carácter, individual y social, del capital, de la propiedad y del trabajo”. En la misma línea argumental la “Mater et Magistra” del Papa Juan XXIII, viene, treinta años después, a actualizar la doctrina con un énfasis regulador del contrato de trabajo, porque deben regir crite-

²¹ Bidart Campos, Germán, *Doctrina social de la Iglesia y derecho constitucional*, Bs. As., Ediar, 2003, p. 16 señala: “Cuando se despoja al concepto de ‘ideología’ de toda connotación peyorativa o ligada a intereses, el vocablo ideología toma el sentido de conjunto o sistema de ideas acerca de una o más cuestiones. Por ende, con esta acepción, no hay por qué negar que la doctrina social de la Iglesia contiene y expresa una ideología en lo que viene a ser la sumatoria de ideas en torno de principios y valores que se relacionan con las materias propuestas por el magisterio”.

²² Bidart Campos, *Doctrina social de la Iglesia y derecho constitucional*, p. 19, constituye una doctrina que “maneja y acumula ideas y valores para su aplicación en la convivencia social, y aunque es expresión del magisterio ordinario no aspira a la inmutabilidad, porque supone que aquella aplicación es y ha de ser temporal e histórica, lo que la destina a acomodarse a la variabilidad de circunstancias, a la evolución y la renovación de lo que es –precisamente– temporal e histórico”.

rios de justicia y equidad en la remuneración del trabajador la cual “no se puede abandonar enteramente a la ley del mercado”, y de redistribución de los recursos ya “que la riqueza económica de un pueblo no consiste solamente en la abundancia total de bienes, sino también, y más aún, en la real y eficaz distribución según justicia para garantía del desarrollo personal de los miembros de la sociedad”.

En 1963 el mismo Papa Juan XXIII con la Carta “Pacem in Terris”, expresa clara y concretamente que es obligación de los Estados intervenir para la realización de la justicia social, señalando que es “necesario que los gobiernos pongan todo su empeño para que el desarrollo económico y el progreso social avancen al mismo tiempo y para que, a medida que se desarrolla la productividad de los sistemas económicos, se desenvuelvan también los servicios esenciales” y que también “se esfuercen por organizar sistemas económicos de previsión para que al ciudadano, en el caso de sufrir una desgracia o sobrevenirle una carga mayor en las obligaciones familiares contraídas, no le falte lo necesario para llevar un tenor de vida digno. Y no menor empeño deberán poner las autoridades en procurar y en lograr que a los obreros aptos para el trabajo se les dé la oportunidad de conseguir un empleo adecuado a sus fuerzas; que se pague a cada uno el salario que corresponda según las leyes de la justicia y de la equidad”. La magistral pieza es además profética porque describe las necesidades de su tiempo pero también anticipa la necesidad de un orden universal para la realización del bien común que ya se vislumbraba entonces pero que se hace cada vez más indispensable con el creciente avance del proceso de globalización de la economía: “Los recientes progresos de la ciencia y de la técnica, que han logrado repercusión tan profunda en la vida humana, estimulan a los hombres, en todo el mundo, a unir cada vez más sus actividades y asociarse entre sí. Hoy día ha experimentado extraordinario aumento el intercambio de productos, ideas y poblaciones. Por esto se han multiplicado sobremanera las relaciones entre los individuos, las familias y las asociaciones intermedias de las distintas naciones, y se han aumentado también los contactos entre los gobernantes de los diversos países. Al mismo tiempo se ha acentuado la interdependencia entre las múltiples economías nacionales; los sistemas económicos de los pueblos se van cohesionando gradualmente entre sí, hasta el punto de quede todos ellos resulta una especie de economía universal; en fin, el progreso social, el orden, la seguridad y la tranquilidad de cualquier Estado guardan necesariamente estrecha relación con los de los demás. En tales circunstancias es evidente que ningún país puede, separado de los otros, atender como es debido a su provecho y alcanzar de manera completa su perfeccionamiento. Porque la prosperidad o el progreso de cada país son en parte efecto y en parte causa de la prosperidad y del progreso de los demás pueblos”.

Y la misión de prédica y magisterio continúa con otras encíclicas orientadas en los mismos principios, entre la que se destaca la “Populorum Progreso”, de 1967 del Papa Pablo VI: “La enseñanza de León XIII en la ‘Rerum Novarum’ conserva su validez: el consentimiento de las partes si están en situaciones demasiado desiguales, no basta para garantizar la justicia del contrato; la regla del libre consentimiento queda subordinada a las exigencias del derecho natural. Lo que era verdadero acerca del justo salario individual, lo es también respecto a los contratos internacionales: una economía de intercambio no puede seguir descansando sobre la sola ley de la libre competencia, que engendra también demasiado a menudo la dictadura econó-

mica. El libre intercambio sólo es equitativo si está sometido a las exigencias de la justicia social”. O bien en la más reciente “Caritas in Veritates” de 2009, en donde el Papa Benedicto XVI, enseña que “El mercado está sujeto a los principios de la llamada justicia conmutativa, que regula precisamente la relación entre dar y recibir entre iguales. Pero la doctrina social de la Iglesia no ha dejado nunca de subrayar la importancia de la justicia distributiva y de la justicia social para la economía de mercado, no sólo porque está dentro de un contexto social y político más amplio, sino también por la trama de relaciones en que se desenvuelve. En efecto, si el mercado se rige únicamente por el principio de la equivalencia del valor de los bienes que se intercambian, no llega a producir la cohesión social que necesita para su buen funcionamiento”, y más “La actividad económica no puede resolver todos los problemas sociales ampliando sin más la lógica mercantil. Debe estar ordenada a la consecución del bien común, que es responsabilidad sobre todo de la comunidad política. Por tanto, se debe tener presente que separar la gestión económica, a la que correspondería únicamente producir riqueza, de la acción política, que tendría el papel de conseguir la justicia mediante la redistribución, es causa de graves desequilibrios”.

Claramente la doctrina social coloca el énfasis en la necesidad de lograr el equilibrio entre la subsidiariedad del control político y la justicia social, destacando la preocupación por los abusos y excesos que desnaturalizan la finalidad de la libertad económica global. Así lo expresa el documento del Pontificio Consejo “Justicia y Paz” en el *Compendio de la doctrina social*: “La pérdida de centralidad por parte de los actores estatales debe coincidir con un mayor compromiso de la comunidad internacional en el ejercicio de una decidida función de dirección económica y financiera. Una importante consecuencia del proceso de globalización, en efecto, consiste en la gradual pérdida de eficacia del Estado nación en la guía de las dinámicas económico-financieras nacionales. Los gobiernos de cada uno de los países ven la propia acción en campo económico y social condicionada cada vez con mayor fuerza por las expectativas de los mercados internacionales de capital y por la insistente demanda de credibilidad provenientes del mundo financiero. A causa de los nuevos vínculos entre los operadores globales, las tradicionales medidas defensivas de los Estados aparecen condenadas al fracaso y, frente a las nuevas áreas de atribuciones, la noción misma de mercado nacional pasa a un segundo plano”. Con este diagnóstico exhorta: “Cuando mayores niveles de complejidad organizativa y funcional alcanza el sistema económico-financiero mundial, tanto más prioritaria se presenta la tarea de regular dichos procesos, orientándolos a la consecución del bien común de la familia humana. Surge concretamente la exigencia de que, más allá de los Estados nacionales, sea la misma comunidad internacional quien asuma esta delicada función con instrumentos políticos y jurídicos adecuados y eficaces”. Y concluye: “También la política, al igual que la economía, debe saber extender su radio de acción más allá de los confines nacionales, adquiriendo rápidamente una dimensión operativa mundial que le permita dirigir los procesos en curso a la luz de parámetros no sólo económicos, sino también morales. El objetivo de fondo será guiar estos procesos asegurando el respeto de la dignidad del hombre y el desarrollo completo de su personalidad, en el horizonte del bien común. Asumir semejante tarea, conlleva la responsabilidad de acelerar la consolidación de las instituciones existentes, así como la creación de nuevos organismos a los cuales confiar esta responsabilidad. El desarrollo económico, en efecto, puede ser duradero si se realiza en un marco claro

y definido de normas y en un amplio proyecto de crecimiento moral, civil y cultural de toda la familia humana”²³.

La amplitud y continuidad de los documentos eclesiásticos obligan a una limitada cita. No obstante, lo expuesto y transcrito muestra una corriente de pensamiento que sin dificultad se asocia y coincide con los postulados de un ordenamiento jurídico que equilibra los derechos individuales y sociales, reconociendo como natural el derecho a la propiedad privada, pero a la vez considerando legítimo el límite de su ejercicio frente al abuso y las restricciones al dogma de la autonomía de la voluntad en el marco de las desigualdades que nacen de las relaciones económicas en un mundo globalizado.

Así es que la doctrina social de la Iglesia constituye la expresión ideológica del magisterio de la Iglesia en permanente adaptación a la realidad económica, social y política mundial, que rechaza todo determinismo o resignación frente a cualquier estructura jurídica que se revele injusta, la cual denuncia sin ambigüedades como fundamento de la acción política: “es necesario denunciar la existencia de unos mecanismos económicos, financieros y sociales, los cuales, aunque manejados por la voluntad de los hombres, funcionan de modo casi automático, haciendo más rígida las situaciones de riqueza de los unos y de pobreza de los otros. Estos mecanismos, maniobrados por los países más desarrollados de modo directo o indirecto, favorecen a causa de su mismo funcionamiento los intereses de los que los maniobran, aunque terminan por sofocar o condicionar las economías de los países menos desarrollados. Es necesario someter en el futuro estos mecanismos a un análisis atento bajo el aspecto ético-moral” (Juan Pablo II, Encíclica “Sollicitudo Rei Socialis”, 1987).

5. Derechos sociales como derechos humanos

Las ideologías políticas de fines del siglo XIX y la doctrina social de la Iglesia, imponen nuevos fines para el Estado. A los valores básicos de libertad individual, propiedad privada, igualdad ante la ley, seguridad jurídica y participación ciudadana en la formación de la voluntad popular a través del voto, como basamento del Estado liberal moderno del siglo XIX, se le suman los valores que hacen a la dignidad humana, materializada como la satisfacción de necesidades económicas elementales, en tanto condición primera y necesaria para el ejercicio de los demás derechos, en lo que pasa a ser el Estado social embrionario de principios del siglo XX²⁴. Es así que la evolución de la sociedad capitalista conlleva la necesidad de identificar a los derechos sociales como inherentes a la persona, irrevocables, inalienables e irrenunciables, vale decir como una nueva categoría de derechos humanos, cuyo reconocimiento pronto se concreta en textos internacionales pasando a constituir el plexo internacional positivo de derechos del hombre.

El preámbulo del acta constituyente de la Organización Mundial del Trabajo de 1919, da testimonio de ello como síntesis esencial que enuncia la justificación

²³ Pontificio Consejo “Justicia y Paz”, *Compendio de la doctrina social de la Iglesia*, Bs. As., Conferencia Episcopal Argentina, 2005, p. 236 a 238.

²⁴ García Pelayo, Manuel, *Obras completas*, t. II, Madrid, Centro de Estudio Constitucionales, 1991, p. 1603.

axiológica para el reconocimiento internacional y normativo de los derechos sociales como derechos humanos: “Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social; considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas”.

El texto copiado muestra la preocupación de la época en lograr la paz como principal objetivo de las potencias aliadas luego de atravesar la Primera Guerra Mundial. Pero inmediatamente se destaca que la paz sólo es posible si se logra la *justicia social universal*, sin dejar margen para la interpretación del significado y alcance del concepto de justicia social ya que en el mismo texto integra los rubros elementales componentes de un derecho del trabajo y la seguridad social naciente pero que ya se podía reconocer en toda su dimensión. Desde esta perspectiva los derechos sociales deben entenderse como un requisito básico para la paz mundial lo cual lo eleva al rango axiológico de mayor jerarquía como objetivo de la comunidad internacional, visión que se consolida con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en la cual queda establecido: Art. 22: “*Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*”. Art. 23: “*1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses*”. Art. 24: “*Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas*”. Art. 25: “*1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social*”.

Así los derechos sociales quedan incluidos dentro de un plexo normativo general de derechos fundamentales universalmente reconocidos²⁵. Sin embargo, al lado de este reconocimiento no puede pasar inadvertido las circunstancias particulares en que se da. Es que tanto la fundación de la Organización Internacional del Trabajo cuanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos aparecen en el marco de las dos posguerras mundiales, vale decir en circunstancias de reconstrucción y alianza del poder geopolítico mundial donde precisamente lo político se impone por sobre el poder económico. Pero al paso de la consolidación de un poder económico en tiempos de paz global, y en particular luego de la desaparición de la amenaza comunista para el eje occidental, ocurre que aquel reconocimiento internacional de los derechos sociales detiene su desarrollo sin lograr la definitiva consolidación víctima de un nuevo paradigma.

La competitividad de los Estados nacionales aparece asociada al mínimo de regulación del contrato de trabajo y a la reducción del gasto público que implica la reducción directamente proporcional de la seguridad social. Estas premisas abonan el camino para la relativización del rol del Estado y la desvalorización de los derechos sociales como subordinados a los derechos civiles y políticos, en tanto estos últimos constituyen un límite frente al poder del Estado mientras que los primeros requieren de la mediación del mismo Estado para su reconocimiento y sostenimiento económico. Con esta perspectiva se impone la doctrina que entiende a los derechos humanos laborales y sociales como “derechos programáticos” no exigibles ni justiciables. Como lo señala Canessa Montejo “detrás de esta visión desvalorizada de los derechos laborales básicos subyace un cuestionamiento a la fundamentación teórica que justifica su inclusión dentro del listado de los derechos humanos”²⁶.

Así es que el proceso legitimador de los derechos sociales como derechos humanos universales, que promueve la convergencia de los valores de libertad individual, participación política y bienestar ciudadano impulsados por la doctrina social de la Iglesia y plasmados en constituciones nacionales y acuerdos internacionales, logra su apogeo hacia mediados del pasado siglo y comienza un camino de deca-

²⁵ Canessa Montejo, Miguel F., *Los derechos humanos laborales en el derecho internacional*, disponible en http://orff.uc3m.es/bitstream/handle/10016/3021/tesis_canessa_Tercero.pdf?sequence=5, con visión positivista define a los derechos humanos laborales como “todos aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona”.

²⁶ Canessa Montejo aboga por el reconocimiento de los derechos laborales dentro del listado de los derechos humanos, pero advierte que la posición no es pacífica señalando que: “las críticas a su inclusión ya estaban presentes desde la propia elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos, particularmente desde los sectores más ortodoxos del liberalismo económico. Un buen ejemplo lo resumen las palabras del profesor Hayek: ‘Al parecer, no se le ocurrió a los autores de esta Declaración que no todo el mundo es empleado de una organización, y que el derecho a una *justa y conveniente remuneración, incluida una razonable limitación de las horas de trabajo, así como vacaciones pagadas* (art. 24), es algo que en modo alguno cabe garantizar. La concepción de un *derecho universal* que asegure al campesino, al esquimal y, presumiblemente, hasta al mismísimo abominable hombre de las nieves la posibilidad de disfrutar de *vacaciones pagadas* ponen de relieve lo absurdo de semejante pretensión. El más elemental sentido común debería haber sugerido que el contenido de lo que de este modo se declaraba derechos universales era algo que ni en la actualidad ni en un futuro previsible puede llevarse a la realidad; que, al proclamar solemnemente como derechos tales aspiraciones se tergiversaba irresponsablemente el concepto de *derecho* hasta extremos que sólo pueden contribuir a la desaparición de todo respeto a cualquier derecho” (*Los derechos humanos laborales en el derecho internacional*).

dencia a partir de finales de la década del setenta. No obstante, tal y como los valores de la Revolución Francesa subsistieron a la contrarreforma tras la caída de Napoleón, el período reaccionario identificado con un sistema jurídico global que tiende a una seguridad jurídica para garantizar derechos de propiedad y libertad de contratación absoluta a costa de relativizar los derechos de la mayoría de la población y particularmente de quienes no tienen acceso a elementos básicos para una vida digna, encuentra una dura resistencia en la huella ideológica y en la fuente normativa de derecho del Estado de bienestar, que parece reverdecer a partir de las declaraciones de la Organización Internacional del Trabajo de 1998, en donde se retoman los principios de su fundación en 1919 reafirmados en la Declaración de Filadelfia de 1944, en cuanto al sostenimiento de la justicia social como valor universal, tomando como objetivo y desafío de la organización en la era global la promoción del pleno empleo y la cobertura de seguridad social como un derecho de ciudadanía.

Con este espíritu en la Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa, aprobada el 10 de junio de 2008, se estableció: “La Conferencia reconoce y declara que: A. En el contexto de cambios acelerados, los compromisos y esfuerzos de los miembros y de la Organización para poner en práctica el mandato constitucional de la OIT, en particular mediante las normas internacionales del trabajo, y para situar el empleo pleno y productivo y el trabajo decente como elemento central de las políticas económicas y sociales, deberían basarse en los cuatro objetivos estratégicos de la OIT de igual importancia, a través de los cuales se plasma el Programa de Trabajo Decente y que pueden resumirse como sigue: i) promover el empleo creando un entorno institucional y económico sostenible en cuyo marco: las personas puedan adquirir y actualizar las capacidades y competencias que necesitan para poder trabajar de manera productiva en aras de su propia realización personal y el bienestar común; todas las empresas, tanto públicas como privadas, sean sostenibles para hacer posible el crecimiento y la generación de mayores oportunidades y perspectivas de empleo e ingresos para todos; y la sociedad pueda conseguir sus objetivos de desarrollo económico y de progreso social, así como alcanzar un buen nivel de vida; ii) adoptar y ampliar medidas de protección social, seguridad social y protección de los trabajadores, que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales, con inclusión de: la ampliación de la seguridad social a todas las personas, incluidas medidas para proporcionar ingresos básicos a quienes necesiten esa protección, y la adaptación de su alcance y cobertura para responder a las nuevas necesidades e incertidumbres generadas por la rapidez de los cambios tecnológicos, sociales, demográficos y económicos; condiciones de trabajo saludables y seguras; y medidas en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esa clase de protección”. De esta forma se actualiza un núcleo duro de los derechos humanos de segunda generación, consolidando en norma universal al principio de la distribución equitativa de la riqueza.

Si la consagración de los derechos humanos de primera generación, que se resumen en los distintos aspectos del principio de libertad individual (de pensamiento, religiosa, política, etc.), representan un límite frente al poder del Estado, los derechos sociales como derechos humanos de segunda generación, consistentes en el derecho de todo individuo al desarrollo económico, social y cultural, demuestran co-

mo contrapartida la necesidad de un Estado que actúe en el ámbito local e internacional como límite frente al abuso de la clase capitalista. La coexistencia y armonización de ambas generaciones de derechos conforman el necesario equilibrio para el efectivo ejercicio del conjunto de derechos, toda vez que la carencia de unos derechos torna inviable en la práctica el goce de los otros por toda la comunidad.

6. Fisonomía y territorialidad del Estado de bienestar

El reconocimiento universal de los valores que sustenta el derecho social no significa que su operatividad fuera uniforme en todo el mundo. Ciertamente tal característica es aplicable a todos los derechos reconocidos como *humanos* o *fundamentales*, porque en definitiva el ejercicio de los derechos se ve siempre condicionado por las particularidades propias de cada sistema jurídico estatal, pero en el caso de los derechos sociales el condicionamiento es doble porque también depende del régimen económico y la capacidad financiera del Estado. A resultas de ello, la construcción del Estado de bienestar se consolida de muy diversa forma y en distinto tiempo durante el siglo XX en las naciones de la órbita capitalista, de modo que no existe una estructura o régimen único que pueda tomarse como modelo global.

Buen ejemplo de esta diversidad es el análisis comparativo que realiza Esping Andersen²⁷ teniendo como eje tres esquemas: liberal (norteamericano), conservador (centroeuropeo) y socialdemócrata (escandinavo)²⁸. Estos modelos se diferencian esencialmente por el grado de compromiso que el Estado asume para lo que el autor llama la “desmercantilización” de las necesidades humanas y la fuerza de trabajo. En un sistema liberal el Estado destinará un presupuesto reducido a la cobertura de la población necesitada sin desplazar la preeminencia del mercado en la asignación de recursos; por su parte un régimen conservador el bienestar social estará atado al aporte y las necesidades de cada ciudadano; mientras que un esquema socialdemócrata universalizará la seguridad social como un derecho de ciudadanía, vale decir que el Estado garantizará a todos los habitantes el acceso a condiciones mínimas de vida, incorporando como derecho humano a los derechos sociales.

Desde este punto de vista podemos advertir como la seguridad social y los derechos asociados a la actividad laboral, se encuentran territorial y temporalmente condicionados, en tanto su fisonomía depende del proceso político gestor de la estructura jurídica de cada Estado. En este sentido el reconocimiento internacional del derecho social como parte de los derechos humanos podríamos decir que evolucionó en cuanto valor con la creación de la Organización Internacional del Trabajo y como norma con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pero su universalización efectiva y concreta como misión de la comunidad global, particularmente en lo referente al establecimiento de un estatuto mundial con estándares mínimos para evitar el *dumping social*, es una cuenta pendiente que lleva casi un siglo.

²⁷ Esping Andersen, Gosta, *Tres mundos del Estado de bienestar*, Valencia, Alfons El Magnanim, 1993.

²⁸ Caritas Europa, *The future of the welfare State. A comparative study in EU-countries*, 2012, disponible en www.caritas.eu/sites/default/files/publication_caritas_europa_-_future_welfare_state_0.pdf.

En confornte con el ordenamiento jurídico mercantil podemos fácilmente reconocer una crítica debilidad del sistema de derechos sociales, toda vez que el primero es global o supranacional mientras que el segundo tiene un alcance localmente determinado, dependiendo de las posibilidades financieras y decisión política de cada Estado para su construcción y sostenimiento. Por ello es que el ordenamiento mercantil funciona en paralelo con el del Estado, mientras que las ramas del derecho que regulan la actividad del trabajo y la seguridad social deben su existencia a la voluntad estatal, y en consecuencia un Estado débil y dependiente en lo económico no puede construir o sostener un ordenamiento jurídico de protección social, dejando lugar para que las reglas mercantiles se impongan en subsidio ante la carencia de un poder regulador que le fije límites y que arbitre en el reparto de recursos. Sin un Estado que intermedie como regulador de las relaciones económicas no hay Estado social posible.

Así es que la crisis del capitalismo actual se ha transformado en crisis social, vale decir de pérdida de derechos sociales, ya que encuentra a los Estados nacionales sin capacidad para regular y confrontar a los poderes fácticos, particularmente de la clase financiera global. Bauman²⁹ refiere al tema señalando que el Estado social es insostenible en la actualidad, pero por una razón que no tiene nada que ver con la “socialidad” del Estado sino más bien con el debilitamiento generalizado del Estado como “organismo”.

No es de extrañar entonces que el derecho social se encuentre directamente relacionado con la situación de tensión entre el poder político y el poder económico, quedando su desarrollo asociado al triunfo del primero, lo cual, ante la inexistencia de un poder político global, refuerza la conclusión acerca de que el derecho social siendo local resulta vulnerable y dificulta en la práctica su operatividad como parte integrante de los derechos humanos³⁰.

7. Competitividad y “dumping” social

En este punto merece atención el último párrafo del preámbulo de la Constitución de la OIT que completa la cita previa: “*Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los tra-*

²⁹ Bauman, *Esto no es un diario*, p. 167.

³⁰ Ermida Uriarte, Oscar, *Globalización y relaciones laborales*, disponible en <http://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2011/06/globalizacion-y-relaciones-laborales-oscar-ermida.pdf>: “la globalización de la economía aleja paulatinamente los resortes íntimos del poder, del alcance del gobierno nacional y de toda otra estructura limitada por las fronteras nacionales. Ser local en un mundo globalizado es una minusvalidez. La movilidad del capital y de las comunicaciones ha producido una compresión del espacio-tiempo en tal medida, que bien podría hablarse de un fin de la geografía con bastante más propiedad y menos frivolidad que del pretendido fin de la historia. Hoy, en el mundo globalizado, las elites son móviles y de comunicación instantánea, o no son elites. Y todo esto ha dado una ventaja tremenda al capital sobre el Estado y sobre el trabajo, ya que la movilidad casi instantánea de que hoy disfruta el capital, contrasta con la necesaria localización del Estado nacional y la cultural localización del factor trabajo que por razones humanas, familiares y económicas, es infinitamente más sedentario y arraigado que el capital. Así, la globalización contribuye a que el poder político sea cada vez menos autónomo y que, en general, los contrapesos nacionales pierdan parte de su eficacia; entre ellos, el derecho del trabajo y la acción sindical”.

bajadores en sus propios países". Tal declaración es una advertencia acerca del peligro destructivo del *dumping social*, entendido como la ventaja competitiva en base a la carencia de protección de los trabajadores, por resultar el elemento distorsivo por excelencia para la consagración universal de la justicia social.

El proceso deslegitimador del derecho social tiene su brazo operativo en la competencia de los Estados para ofrecer a las firmas transnacionales incentivos para que realicen las inversiones en su territorio. De esta forma se desarrolla una *carrera hacia los mínimos* de la que habla Stiglitz³¹, que le permite al poder económico *dividir y reinar* en la globalización. Los Estados flexibilizan su derecho social entre otras ventajas tendientes a lograr la localización de empresas pero en el mejor de los casos lograrán una victoria *a lo Pirro* porque en base a la misma lógica otros Estados se valdrán del mismo método³². Visto con perspectiva global la competencia entre Estados es en realidad una disputa por la distribución del ingreso entre los sectores del capital y del trabajo, donde los Estados dejan de cumplir el rol de árbitro para subordinarse y ser funcionales a los intereses capitalistas.

Tan simple razonamiento pone de manifiesto la paradoja que significa la falta de instituciones internacionales capaces de concretar en tiempos de relativa paz los objetivos y valores que ya se establecieron en aquel preámbulo de 1919 a la salida de la Primera Guerra Mundial. La consecuencia es la crisis del derecho social, sumergido en una lógica mercantil de corto plazo que se impone en las relaciones globales aplicándose por igual a corporaciones, Estados y personas, sin reparar en necesidades humanas ni en la sustentabilidad del sistema político y económico³³.

8. La mercantilización del trabajo y la seguridad social

Si las instituciones del Estado de bienestar tienden a la desmercantilización de las necesidades primarias del ciudadano, el proceso inverso llevará a las sociedades a la situación vigente en los albores del capitalismo del siglo XIX.

³¹ Stiglitz, *El precio de la desigualdad*.

³² Sánchez Calero Guilarte, Juan, *Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa*, en "Derecho de sociedades anónimas cotizadas", t. II, Navarra, 2006, p. 859: "Ante esa deslocalización, se olvida con frecuencia que la previa localización tuvo idéntico motivo. Los Estados o regiones que critican que otros atraigan inversiones por medio de ayudas públicas y explotando la ventaja derivada de los bajos costes de establecimiento y laborales, son perfectamente conscientes de que asisten a la misma escena que contribuyó a la llegada de empresas a su territorio. La posición ha cambiado: el otrora beneficiario de esa competitividad entre Estados, se ha convertido en víctima del sistema".

³³ Pontificio Consejo "Justicia y Paz", *Compendio de la doctrina social de la Iglesia*, p. 67: "si se admite la unidad de la economía y de las finanzas, y su función o utilidad social también frente a las recurrentes crisis determinadas por la especulación y por la absolutización de la ganancia, es necesario ser consecuentes: urge una nueva arquitectura institucional y jurídica llevada a cabo con métodos democráticos, es decir, participativos y subsidiarios, que busque la realización de la justicia social relativa al bien común mundial en sus aspectos distributivos y contributivos. Es indispensable una autoridad política mundial que realice la justicia social global, pues las autoridades o soberanías nacionales están de hecho erosionadas y desproporcionadas. La realización de la justicia social a nivel mundial es premisa y condición para un desarrollo cualitativo y sostenible para todos, conforme a los fines de una paz social estable, hoy muy comprometida por notables desigualdades entre ricos y pobres".

Ese proceso es el que Jessop³⁴ identifica como el pasaje de un Estado de bienestar keynesiano a un Estado de trabajo schumpeteriano, que el autor observa que se viene registrando a nivel global desde fines de la década del setenta. El primero tenía como objetivo promover el pleno empleo en una economía nacional relativamente cerrada, principalmente a través del manejo de la demanda, vale decir auspiciando un sistema productivo inclusivo donde el consumidor es el mismo trabajador en procura de fomentar la interdependencia y solidaridad interna de las comunidades. Mientras que el segundo pone el énfasis en la competitividad estructural en una economía abierta, mediante la intervención en el lado de la oferta, subordinando la política social a las exigencias de flexibilidad de la fuerza laboral como condición para el fortalecimiento de la inversión privada. En tanto que el Estado de bienestar keynesiano se empeñaba en extender los derechos sociales, el Estado de trabajo schumpeteriano desatiende este objetivo a favor de suministrar ventajas que beneficien el clima de negocios, con el resultado de que las necesidades individuales pasan a ocupar un lugar subordinado.

Según Jessop la transición se da de modo irreversible a medida que la internacionalización de los flujos monetarios y reales avanza, porque los Estados ya no pueden actuar como si las economías fueran cerradas y como si su dinámica de crecimiento fuera autocéntrica. El liderazgo pasa entonces a las corporaciones multinacionales capaces de escapar al control nacional, quedando para los países el desafío de cómo manejar la inserción de la economía nacional en la economía global para lograr algún beneficio neto de la internacionalización. Como consecuencia de ello se da el abandono de las preocupaciones redistribucionistas basadas en la ampliación de los derechos al bienestar en un Estado nación a favor de unos intereses más productivistas y ahorradores de costos en una economía abierta.

Ello explica como la función del salario en tanto fuente de demanda en el Estado de bienestar keynesiano, pasa a ser un costo de producción en un diseño de economía abierta del Estado de trabajo schumpeteriano, y de cómo los derechos consagrados en las regulaciones generales del trabajo se convierten en una rígida coraza que impide el desarrollo de los países porque los bloquea en la carrera de la competitividad en relación con otros más flexibles donde reina el contrato individual de trabajo y método de premios y castigos abiertamente disponible para la parte empresarial.

Con esta visión los derechos sociales se degradan estrepitosamente desde su reconocimiento como derechos humanos hasta el de un obstáculo para el progreso que llevaría a mayor pobreza para la población. Sobre esta base triunfa la visión conforme la cual la única posibilidad para que los pobres mejoren su condición es que el Estado garantice los privilegios de los más ricos³⁵. En este marco es que se

³⁴ Jessop, Bob, *Crisis del Estado de bienestar. Hacia una nueva teoría del Estado y sus consecuencias sociales*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1999, p. 63 a 132. El autor refiere de modo general al Estado de bienestar con la promoción de políticas públicas de intervención a favor del aumento de la demanda interna como factor de estabilización y crecimiento económico propuestas por John Maynard Keynes (1883-1946), y al Estado de trabajo con la idea de fomento de la inversión privadas mediante la liberalización de los mercados, incluida la fuerza laboral, que asocia a la propuesta teórica de Joseph Alois Schumpeter (1883-1950).

³⁵ Ermida Uriarte, con otras palabras, refiere a lo mismo señalando que “este proceso va acompañado de una ideología legitimadora, que tiende a privilegiar al capital sobre el trabajo. La competitividad de la empresa en el mercado global se convierte en el bien supremo al que se subor-

desarrolla una carrera entre países por seducir al capital, lo cual no hace más que empujar los derechos sociales hacia pisos mínimos, consagrando situaciones de competencia desleal (*dumping* social) legitimada por la carencia de sanciones en el comercio global³⁶.

El proceso de mercantilización del trabajo se completa con otro similar respecto de la seguridad social, en la medida que los recursos del sistema pasan a ser administrados por las mismas corporaciones privadas con destino a su financiamiento, de modo que la estabilidad del sistema económico, y por lo tanto también político, queda subordinado a la suerte y riesgo de las inversiones financieras de los fondos de la seguridad social. De esta manera si en el Estado de bienestar keynesiano el sistema de seguridad social se basaba en el pleno empleo y en el principio de solidaridad conforme el cual los trabajadores activos sostenían al sector pasivo, en el Estado de trabajo schumpeteriano de lo que se trata es de que el trabajo financie la producción y que el sostenimiento del sector pasivo se subordine al éxito de las inversiones emprendidas por los administradores de fondos de pensiones³⁷.

Este sistema de transferencia de riesgos de la parte empresarial al ciudadano, sólo se puede dar en el marco del vaciamiento de la función de intermediación del Estado como promotor del valor justicia distributiva, con lo cual el mismo Estado deja de ser un ente necesario, creador y forma del ordenamiento jurídico positivo, para transformarse en una organización esencialmente mercantil, que en tanto tal depen-

dinan los demás. Los intereses individuales son más valorizados que antes, mientras que los colectivos tienden a perder prestigio. La solidaridad pasa de moda y el egoísmo tiende a ser considerado como un motor del progreso. La eficacia comercial justifica los medios. El Estado de bienestar, que había cumplido una función de contención del comunismo y de promoción del consumo nacional, ya no es considerado como necesario. El derecho laboral y la acción sindical pueden ahora, ser vistos como obstáculos al desarrollo de la libre empresa. Por lo demás, en la medida en que las nuevas tecnologías siguen sustituyendo mano de obra, los trabajadores van siendo menos necesarios y disminuye su peso en la economía y la política" (*Globalización y relaciones laborales*).

³⁶ Stiglitz, *El precio de la desigualdad*, p. 109: "los mercados financieros han estado impulsando la globalización, y aunque quienes trabajan en los mercados financieros hablan constantemente del aumento de la eficiencia, en realidad a lo que se refieren es a otra cosa, a un conjunto de normas que los benefician y que aumentan la ventaja respecto a los trabajadores. La amenaza de la salida de capitales, en caso de que los trabajadores se pongan demasiado exigentes respecto a sus derechos y a sus salarios mantiene bajos los salarios de los trabajadores. La competencia entre países para recibir inversiones asume muchas formas, no sólo la de reducir salarios y debilitar la protección a los trabajadores. Hay una 'carrera hacia los mínimos' de mayor calado, que intenta asegurarse de que la normativa sobre las empresas sea laxa y de que los impuestos sean bajos".

³⁷ Ermida Uriarte, Oscar, *La propuesta laboral de los gobiernos progresistas*, disponible en <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/uruguay/05063.pdf>: "La privatización de la seguridad social impuso un régimen particularmente inicuo. Se trata de una verdadera confiscación del dinero del trabajador, ya que las contribuciones dejan de ser aportes al Estado destinados a la solidaridad con los mayores para convertirse en una directa transferencia de ingresos a determinadas empresas. Peor aún, el trabajador no sólo tiene la obligación de aportar todos los meses a un 'fondo' manejado por entidades privadas, generalmente bancarias, en las que ni siquiera tiene participación, sino que además debe pagarles una comisión: es el único caso en que, cuando una persona le presta dinero a otra, le paga además para que lo disfrute... Hoy no sólo se cuestiona la inequidad del mecanismo, sino que se percibe su fracaso. Estamos ante un modelo en crisis, ya que no alcanzó ninguno de los objetivos sociales declarados: no aumentó la cobertura ni disminuyó la evasión. Y, además, en todos los países existe un considerable número de trabajadores que no generarán una pensión suficiente. En rigor, estos resultados habían sido advertidos desde un comienzo, pero ahora son cada día más evidentes y públicamente reconocidos. Es indispensable, por lo tanto, recuperar la seguridad social, signo distintivo del Estado de bienestar e ineludible instrumento de redistribución e inclusión".

derá de los incentivos y amenazas de los mercados en los que participe para establecer sus políticas públicas. La participación crónica del Estado en el mercado de deuda, es uno de los instrumentos mediante los cuales se consolida y expresa esta influencia dominante, a partir de la construcción de un ordenamiento jurídico ad-hoc tendiente a erosionar las instituciones de derecho social, como prenda de subordinación del poder político local al poder económico internacional en la labor de promover la mercantilización de todos los sujetos y las relaciones sociales.

El problema no está sólo en las conductas de quienes tienen la circunstancial capacidad de decisión sobre determinadas políticas sino que se sitúa en la misma arquitectura jurídica que las permite e incentiva: “El subdesarrollo parece una situación imposible de eliminar, casi una condena fatal, si se considera que éste no es sólo fruto de decisiones humanas equivocadas, sino también el resultado de mecanismos económicos, financieros y sociales que impiden el pleno desarrollo de los hombres y los pueblos”³⁸. El Pontificio Consejo de “Justicia y Paz” refiere así y sentencia al modelo de financiarización global a partir del cual se establecen nuevas reglas donde el lucro como valor central desplaza y tiende a deslegitimar al derecho social³⁹.

9. El Estado mercantil

Para entrar en materia de las causas del endeudamiento soberano con el sector privado financiero transnacional es indispensable tener en cuenta como el ente Estado se transformó en el último siglo. Las observaciones de este capítulo son una aproximación a un proceso evolutivo que lo lleva de ser árbitro de las relaciones económicas a ser un consumidor de servicios financieros. En apenas medio siglo queda de manifiesto un cambio ideológico que sustenta el pasaje de un constitucionalismo social a un Estado mercantil. En este contexto la soberanía como atributo específico que define al Estado y lo diferencia de cualquier otra persona jurídica se pierde porque es el mismo ente público el que busca asimilarse a los entes de derecho privado como requisito para completar el proceso de asimilación. El efecto es un proceso de integración de las relaciones económicas sin un correlato de integración política, que da como resultado la concentración del poder supranacional en el poder económico.

³⁸ Pontificio Consejo “Justicia y Paz”, *Compendio de la doctrina social de la Iglesia*, p. 282 (cita de Encíclica “Sollicitudo Rei Socialis”).

³⁹ Alonso, Luis E. - Fernández Rodríguez, Carlos J. (dir.), *La financiarización de las relaciones salariales. Una perspectiva internacional*, Madrid, La Catarata, 2012, p. 20: “el modelo de la financiarización global se ha construido contra el mundo de los derechos sociales y laborales —entre el desempleo estructural y el malemplo crónico y generalizado—, produciendo un discurso fuertemente autoritario sobre el poder sin contrapesos y la superioridad absoluta de las grandes corporaciones económicas y los grupos inversores, frente a los que los Estados nacionales son cada vez más dependientes y subordinados. Tanto las políticas gubernamentales dominantes a nivel mundial, como los discursos hegemónicos de los medios de comunicación, aceptan de manera absoluta y apoyan con agresividad los dogmas habituales de la inevitabilidad de los mercados y de la necesidad de todo tipo de sacrificios crecientes de la población para asegurar suculentos márgenes de beneficio, sobre todo a los sectores más improductivos del capital”.

Capítulo III

EL MERCADO COMO LEGISLADOR GLOBAL

El material jurídico estrictamente normativo no es suficiente para analizar un estado de situación como el de la globalización de las relaciones económicas toda vez que esta es una dimensión que carece de instituciones que provean ese material normativo. Sin embargo la cuestión del endeudamiento del Estado con el sector financiero se sitúa en el ámbito de las relaciones económicas globales porque trasciende el ámbito del propio Estado deudor pero no se inserta en un orden de derecho internacional, lo que lleva a tener que considerar al ámbito global como una tercera dimensión con reglas propias pero sin una estructura institucional.

1. Poder político y poder económico

La situación de fortaleza o debilidad de un Estado es siempre relativa. Se la puede medir con relación a la potencia de otros Estados, en tanto las decisiones de unos influyan o fueran determinadas por los otros, pero también con respecto a factores que no siendo pares, tales como las fuerzas armadas, sindicatos de trabajadores o corporaciones empresarias, condicionen o se subordinen a las autoridades estatales. En el análisis de las instituciones propias del Estado de bienestar importa detenerse en la relación de fuerzas entre el poder político estatal y el que detentan los factores que concentran el poder económico, porque las instituciones de derecho social funcionan como excepción y límite al régimen de libre contratación y acumulación de riquezas del sistema capitalista.

Si bien el reconocimiento de los derechos sociales nace como respuesta a los desequilibrios provocados por el sistema de producción que se desarrolla a partir de la Revolución Industrial, las relaciones entre el poder político y el poder económico, sus tensiones y acuerdos, tienen una matriz mucho más antigua que revela una tendencia al predominio del poder económico en períodos de transnacionalización de la actividad comercial y productiva.

Tomando como base 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 una organización política débil, previa a la formalización de los Estados nacionales, se impusieron las corporaciones de comerciantes y lograron 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. Al cabo de más de un siglo, con el Código de Napoleón (1804), se consagra 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 re-

gulan 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 de 1929. La debacle de los mercados financieros y su profundo efecto sobre la economía, dan paso en los Estados Unidos 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 depósitos bancarios, fundación de la Security Exchange Comisión (SEC), sanción de la ley Glass-Steagall que divide la banca en comercial y de inversión, etcétera. 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 se 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 sistémica, 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 y 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. Es así que, sin el límite del poder político, el poder económico toma el control absoluto⁴⁰, dejando a los Estados como meros entes o estructuras burocráticas al servicio de sus intereses, lo cual traduce una relación jerárquica donde el mercado se impone sobre las instituciones democráticas, porque, como afirma Hobsbawm, “el ideal de la soberanía del mercado no es un complemento de la democracia liberal, sino una alternativa a este sistema”⁴¹.

Entonces, con la relación de fuerzas a favor del poder económico, las estructuras jurídicas sobre las que se edificó el Estado de bienestar se colocan en revisión y crisis⁴². No hay más que cotejar como los Estados nacionales priorizan el salvataje del sistema bancario cediendo a exigencias de ajustes en el sistema de empleo público, jubilatorio y aún de reformas de flexibilización en los contratos de trabajo privados⁴³. Bauman⁴⁴ lo grafica señalando que los gobiernos de la actualidad esca-

⁴⁰ Galgano, Francesco, *La globalización en el espejo del derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 219: “No queda otra alternativa que considerar que las empresas, nuevos actores de la diplomacia económica internacional, son estructuras jerárquicas no democráticas, y que para los managers ‘es habitual distribuir y mandar como los príncipes del Renacimiento’, dado que ‘ninguna institución individual electiva los considera responsables’” (con cita de Strange, *Chi governa l’economía mondiale?*).

⁴¹ Hobsbawm, Eric, *Guerra y paz en el siglo XXI*, Barcelona, Crítica, 2007.

⁴² Lordon, Frederic, *¿El euro ante el derrumbe?*, “Le Monde diplomatique”, edición argentina, dic. 2011, dice: “Es que en realidad el neoliberalismo tiene dos obsesiones: el Estado y la resistencia del asalariado. Pero, como las cosas no podrían expresarse con esa alegre brutalidad, aplasta al primero pretextando ‘la deuda’ y ataca al segundo hablando de ‘costo del trabajo y competitividad’”.

⁴³ Stiglitz, *El precio de la desigualdad*, p. 125, también refiere a la paradoja: “Estados Unidos gastó mucho más dinero en rescatar a los grandes bancos (contribuyendo a que estos mantuvieran sus generosas bonificaciones) de los que gastó en ayudar a los que se habían quedado sin empleo a

timan hasta el último céntimo que necesitan los miembros de la “infraclase” para mantener sus cuerpos con vida, pero hallan milagrosamente cientos de miles de millones de libras o dólares para “recapitalizar la banca”.

En suma, se repite la fórmula del siglo XII dando lugar al desarrollo de una *nueva lex mercatoria*, pero ahora el poder económico no se conforma con independizarse del poder político sino que se sirve de él, utilizando las estructuras del Estado para garantizar el proceso de acumulación privada de la riqueza y la socialización de los pasivos y riesgos del sistema capitalista.

2. Corporaciones transnacionales

El proceso hacia la desregulación y la actuación empresaria alejada del control estatal encuentra correlato o –más bien– una de sus causas, en la organización de la producción a gran escala.

En las primeras décadas del siglo XX surge y se consolida el llamado *fordismo* que promueve la especialización, la transformación del esquema industrial y la reducción de costos. Esto último, a diferencia de su antecesor el *taylorismo*, se logró no a costa del trabajador sino que a través de una estrategia de expansión del mercado. La razón es que si hay mayor volumen de unidades (debido a la tecnología de ensamblaje) y su costo es reducido (por la razón *tiempo/ejecución*) habrá un excedente que superará numéricamente a la elite, tradicional y única consumidora de tecnologías en la modernidad, de modo que para la sustentabilidad del modelo industrial se requieren más consumidores, lugar que ha de venir a ocupar el mismo obrero industrial. Se establece así un acuerdo simbiótico entre capital y trabajo: mayores salarios y acceso al crédito tienen su correlato en mayor consumo que a su vez expande el ciclo económico garantizando mayores ganancias.

Al amparo de este modelo industrial el asalariado va a lograr un nuevo *status* social que consolida lo que se conoce como clase media con el creciente reconocimiento de derechos (salarios mínimos, vacaciones pagas, seguro de salud, etc.). De esta forma el antes proletario excluido pasa a integrar un grupo relevante a nivel político, porque suma su capacidad de organizarse en sindicatos al ya logrado voto popular, y a nivel económico, porque en tanto clase media resulta indispensable su capacidad de consumo para sostener las necesidades de producción.

Este acuerdo entre el capital y el trabajo permite así la consolidación del sistema político liberal y económico capitalista, y se constituye en escudo ante el intento de expansión del sistema soviético al cabo de la Segunda Guerra Mundial, ya que brinda garantías de calidad de vida y desarrollo humano y, por lo mismo, desalienta la posibilidad de adhesión masiva de la población al cambio de sistema.

A la vez que el nivel de consumo se generaliza crece la dimensión de las empresas que tienden a la búsqueda de nuevos mercados. En el proceso de internacionalización las empresas van transformándose en multinacionales mediante la ins-

consecuencia de la recesión que provocaron esos grandes bancos. Hemos creado para los bancos (y para otras grandes empresas, como AIG) una red de seguridad mucho más fuerte que la que hemos creado para los estadounidenses pobres”.

⁴⁴ Bauman, *Esto no es un diario*, p. 130.

talación de su ciclo productivo completo en cada país huésped. La relación que se establecía era de mutua dependencia en la medida que para el país receptor la instalación de una fábrica significaba el crecimiento del empleo y de la actividad económica en general, mientras que para la empresa la elección implicaba una inversión a largo plazo comprometida con el mercado interno, vale decir con la estabilidad económica y política del país.

Este modelo implicó un relativo equilibrio entre el poder corporativo y el de los Estados. Pero a partir de la década del setenta se intensifica el proceso de globalización de los mercados de bienes dando paso a una nueva etapa donde va perdiendo importancia el consumidor interno del país huésped porque ahora la producción en masa trasciende cualquier frontera de comercialización. Las corporaciones ya no dependen del obrero como consumidor sino que sus necesidades se ordenan ahora a reducir los costos para ganar cuotas del mercado no ya nacional sino global. Este proceso avanza y se consolida con la segmentación de la producción, lo cual debilita el compromiso de la corporación con el Estado ya que mientras antes en la fábrica se realizaba todo el ciclo de producción ahora las piezas se fabrican y ensamblan en distintos países, minimizando el riesgo y exposición a la suerte de cada uno, lo cual otorga a las transnacionales una posición ventajosa frente a los Estados, debido a que los países compiten entre sí por seducir a la inversión extranjera.

El posfordismo entonces implicará una vuelta al sistema de relaciones anteriores al fordismo, en tanto pone su eje en la eficiencia del sistema productivo traducido en la reducción de costos, sin tomar en cuenta al trabajador como consumidor incorporado y necesario sostén del ciclo económico. De este modo las corporaciones acotan sus vulnerabilidades frente a los Estados en donde instalan parte de su producción ya que no depende de su mercado interno y porque el riesgo se limita mediante el fraccionamiento de la inversión⁴⁵.

Esta capacidad de las corporaciones internacionales para seleccionar el país de destino de las inversiones económicas promueve el diseño de relaciones competitivas entre los Estados por niveles crecientes de subordinación frente al poder corporativo internacional, que devienen en distintos niveles de distorsión de costos por *dumping social*. Así, la globalización económica sin globalización política, es decir sin instituciones de alcance global que se ocupen de regular la actividad económica, conduce finalmente a la degradación del derecho social.

3. Nueva “lex mercatoria”

La observación del rol de los Estados a partir de la crisis económica de los años treinta permite comprobar que en las últimas tres décadas operó el desplazamiento del poder político en su labor de constructor del derecho positivo. En este sentido cabe destacar el pasaje de un Estado regulador de la actividad bancaria en

⁴⁵ Galgano, Francesco, *Orientaciones en el derecho comercial*, Bs. As., Ad-Hoc, 2001, p. 40: “Para que sirven las potestades impositivas de los Estados si los contribuyentes son empresas que se sustraen a la imposición fiscal de éstos y cuando en otro lugar los holdings donde se producen los beneficios sujetos a la actividad impositiva; y para que sirven los acuerdos sindicales sobre salario mínimo, o la normativa legal sobre cuotas de la seguridad social si las empresas se establecen fuera del Estado”.

la década del treinta (creación del BCRA en nuestro país, aprobación de la ley Glass-Steagall en EEUU), de la visión multilateral para el desarrollo y la sustentabilidad de la economía mundial de posguerra (acuerdos de Bretton Woods) y de la expansión de un derecho del trabajo y la seguridad social con epicentro en la mitad del siglo pasado (inclusión del derecho social como derecho humano en la Declaración Universal de 1948), al quiebre de mediados de la década del setenta que comienza a desplegarse con la consolidación de la inmunidad jurisdiccional restringida de los Estados, la creciente desregulación de los mercados financieros y la afectación de los derechos laborales y sociales como condición para el *saneamiento* de las finanzas nacionales⁴⁶.

La progresiva desregulación de la actividad económica y del contrato de trabajo es una muestra de cómo el antiguo mercader del siglo XII renace con una nueva fisonomía y renovadas ambiciones: en el diseño de la *nueva lex mercatoria* para aspirar no sólo a la construcción de un derecho autónomo de clase sino también a la inclusión de los Estados nacionales como sujetos pertenecientes a la clase mercantil y, por lo tanto, sometidos a sus reglas.

La antigua *lex mercatoria* es previa al nacimiento de los Estados nacionales, en cambio la actual se desarrolla como una realidad paralela que disputa competencias con el Estado. Tan es así que subsiste la polémica acerca de si lo que se ha dado en llamar nueva *lex mercatoria* constituye una categoría jurídica porque desde la sistemática del positivismo normativo no podría concebirse un derecho fuera del Estado. Para esta corriente el universo jurídico se reduce al sistema de fuentes que reconoce el derecho positivo estatal: si esta fuera no es derecho y si esta reconocido deja de ser ajeno al Estado⁴⁷. En cambio desde otra posición numerosos juristas participan de la idea de la existencia como realidad jurídica de un derecho propio de la sociedad mercantil global no estatal que se impone como derecho uniforme, espontáneo y transnacional⁴⁸. Pero más allá de cualquier discusión acerca de la entidad formal de la nueva *lex mercatoria* la noción resulta útil para identificar el rol como creador de derecho de la clase empresarial. Lo que resulta relevante es reconocer la existencia material de un conjunto de fuentes creadoras de derecho en

⁴⁶ Rivera, Julio C., *Derecho concursal*, t. I, Bs. As., La Ley, 2010, p. 97 y 98: “La globalización produce cambios importantes en la relación mercado-derecho. Es que la mundialización va imbuida de ideas tales como la liberalización (de la circulación del capital financiero y de los intercambios comerciales), privatización y desregulación y por lo tanto existirá una clara tendencia a tratar de eliminar trabas reglamentarias impuestas por el derecho estatal, así como a sustituir el estatal por reglas que consagren la libertad de actuación de los agentes económicos (en particular las empresas y los agentes financieros). Es más, las fuerzas impersonales del mercado, desencadenadas por las conquistas tecnológicas, actúan sobre la capacidad de regulación de los gobiernos, cuyas funciones son modificadas, careciendo en oportunidades de hacer sus propias elecciones de política económica. Estas restricciones son más fuertes que la autarquía económica que, como el aislacionismo político, son casi impracticables en la era de la globalización”.

⁴⁷ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Bs. As., Eudeba, 1986, cap. XII.2, p. 189 a 198.

⁴⁸ Galgano, *Orientaciones en el derecho comercial*, p. 41: “Más allá de los límites de los Estados está en curso la formación de un derecho uniforme espontáneo, administrado por tribunales arbitrales internacionales, al que se le dio el nombre de nueva *lex mercatoria*, destinado a regular las relaciones contractuales dentro del mercado global”. También Goldman, Berthold, *Frontières du droit et lex mercatoria*, Archives du Philosophie du Droit, t. 9, 1964; Filali, Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, París, LGDJ, 1992; entre otros citados por López Ruiz, Francisco, *Notas sobre la nueva lex mercatoria*, “Revista de Derecho del Mercado Financiero”, dic. 2007.

donde no intervienen las autoridades de ningún Estado, partiendo de la eficacia universal del contrato y del arbitraje como método de solución de conflictos, cuyo peso relativo en la economía mundial no hace más que demostrar el desplazamiento del poder estatal en la función de gobierno, por otro que no cuenta con ninguna clase de legitimidad popular⁴⁹.

La cuestión es que si consideramos que la forja del nuevo derecho supranacional es mercantil, las reglas se ordenarán desde una visión sectorial sin comprender los derechos de toda la comunidad. En un ordenamiento jurídico que se construye a partir del contrato como fuente primaria, el principio de autonomía de la voluntad se transforma, conforme el léxico de Kelsen, en la *norma fundamental* universal a partir de la cual se construye una estructura en la que no tienen lugar por asistemáticos los derechos protectorios en las relaciones del trabajo y la seguridad social ni tampoco consideraciones relacionadas con insolvencia de los países o emergencia económica.

Si los derechos humanos civiles y políticos constituyen un límite al poder del Estado frente al individuo, los derechos humanos sociales representan también un límite pero al poder económico concentrado con la mediación del Estado y en protección del mismo individuo. Entonces aquellos pueden subsistir en condiciones de debilidad del mismo Estado pero no los segundos porque precisan de la acción positiva del Estado para su reconocimiento y ejercicio. Por eso es que sin el protagonismo del Estado como arquitecto del sistema jurídico ese lugar lo toma el poder económico dominante e impone su propia ley⁵⁰ frente a la cual cae un derecho social que resulta asistemático en la lógica de la *nueva lex mercatoria*.

4. Axiología del mercado. Derecho y economía

Quien detenta el poder es quien fija las reglas, y quien fija las reglas impone sus principios e intereses. Entonces ¿cuál es la base ideológica que funda la *nueva lex mercatoria*? En el seno del Estado convergen intereses que llevan a la construcción de un ordenamiento jurídico sobre la base de distintas ideas, valores y situaciones sociales, con tendencia al bien común de toda la sociedad. En cambio la axiología del mercado es reduccionista, se basa en el principio de la *eficiencia económica*, la libre competencia y la acumulación de riqueza sin límite. El ordenamiento jurídico que promueve tiene necesariamente tinte *darwiniano*, despojado por

⁴⁹ López Ruiz, Francisco, *Notas sobre la nueva lex mercatoria*, "Revista de Derecho del Mercado Financiero", dic. 2007: "el problema central de la *lex mercatoria* no afecta tanto a su caracterización o no como ordenamiento jurídico conforme a los paradigmas del positivismo estatalista, sino a la ausencia de un orden democrático que contemple la participación de todos los potenciales afectados y desde el que se pueda legitimar su producción normativa, es decir, el núcleo de la problematización de la *lex mercatoria* está en la ausencia de condiciones de legitimación democrática de este derecho".

⁵⁰ Richard, Efraín H. - Romero, José I., *Los usos y costumbres en perspectiva actual*, RDCO, 1997, año 30, p. 547: "La globalización de los mercados e internacionalización de relaciones comerciales –y civiles–, incorporan una nueva realidad y un nuevo derecho supranacional que suele denominarse *lex mercatoria*. La actual globalización no está regulada por nadie: es una constelación, o más bien una suma de constelaciones movidas por individuos y empresas que realizan intercambios económicos a la velocidad de la luz. En un tiempo de esplendor de la *lex mercatoria* los comerciantes hicieron su ley, hoy su versión moderna, los grandes grupos económicos generan contratos legislativa y jurisdiccionalmente inmunizados".

completo de toda valoración humanista: el mercado libre es un fin en sí mismo y el hombre debe ajustarse y ser funcional a él a cualquier costo.

Thurow lo describe claramente: “La democracia y el capitalismo tienen muy diferentes puntos de vista acerca de la distribución adecuada del poder. La primera aboga por una distribución absolutamente igual del poder político, ‘un hombre, un voto’, mientras el capitalismo sostiene que es el derecho de los económicamente competentes expulsar a los incompetentes del ámbito comercial y dejarlos librados a la extinción económica. La eficiencia capitalista consiste en la ‘supervivencia del más apto’ y las desigualdades en el poder adquisitivo. Para decirlo de forma más dura, el capitalismo es perfectamente compatible con la esclavitud”⁵¹. Soros por su parte sostiene que “la relación entre el capitalismo y la democracia es endeble en el mejor de los casos. El capitalismo y la democracia obedecen a principios diferentes. Los intereses son diferentes: en el capitalismo el objeto es la riqueza, en la democracia lo es la autoridad política. Los criterios por los que se miden los intereses son diferentes: en el capitalismo la unidad de cuenta es el dinero, en la democracia lo es el voto de los ciudadanos. Los intereses que se supone que se defienden son diferentes: en el capitalismo son intereses privados, en la democracia lo es el interés público”⁵².

Se plantea así una tensión entre capitalismo-mercado y democracia-Estado que en la observación de Galgano se tiene un claro ganador en el terreno global: “Las autoridades políticas retroceden frente a tareas que en el pasado se les consideraban reservadas, mientras el contrato, que es la figura de mayor universalidad que el derecho conoce, ocupa la posición que antes detentaban las técnicas multiformes de las normas de los Estados. Hay en ello el reflejo de una tendencia significativa que caracteriza nuestro tiempo: la sociedad global no es gobernable democráticamente”⁵³.

Y este predominio del mercado sobre el Estado se muestra también en la utilización de ciertas herramientas de ciencia económica como la proveedora de criterios rectores del método jurídico en la expresión del llamado “análisis económico del derecho”, desde cuya perspectiva el mercado y el principio de eficiencia vienen a reemplazar al Estado y la política como modelo y criterio de organización social. En tal sentido observa Rivera que en una economía abierta la interferencia del Estado constituye una externalidad que la ingeniería jurídica elaborada por las empresas tiende a superar y para ello busca como objetivo inicial prescindir en la medida de lo posible del derecho estatal⁵⁴.

⁵¹ Thurow, Lester, *El futuro del capitalismo*, Bs. As., Javier Vergara, 1996, p. 258.

⁵² Soros, George, *La crisis del capitalismo global*, Bs. As., Sudamericana, 1999, p. 143.

⁵³ Galgano, *Orientaciones en el derecho comercial*, p. 95: “en este mundo absolutamente globalizado donde circulan mercaderías, *know how*, licencias de producción, franquicias, licencias de marca y diseños, y los *joint ventures* unen a empresas en distintos lugares del planeta, el derecho estatal parece el rugido del ratón, el que además es reemplazado por el renacimiento de la *lex mercatoria*”.

⁵⁴ Rivera, *Derecho concursal*, t. I, p. 98: “en un mundo sin fronteras... lo que se logra con una trama tan extensa como compleja de relaciones contractuales, y en el que la eficiencia se ha convertido también en un valor jurídico, la fuente de regulación de esa madeja contractual no puede limitarse al derecho estatal. Esta sería una solución ineficiente: si los contratos de licencia, de marca o diseño, de transferencia de tecnología, de distribución, franquicia, agencia, etc., tuvieran múltiples contenidos –ajustados a los de cada país en los que se celebren o ejecuten– y a su vez estuviesen sujetos a

La propuesta no es otra que desatar los derechos de la obligación política en la que se encuentran inmersos para colocarlos en la esfera del mercado en la que los conflictos se deciden en base al análisis de costo-beneficio, bajo el imperio del principio de la eficiencia como juez universal, neutral y apolítico, orientado al cumplimiento de objetivos y lógicas como la maximización de la riqueza. Interpretando esta corriente de pensamiento Mercado Pacheco señala que “detrás del concepto de *property rights* utilizado en la teoría del análisis económico del derecho de Posner y en la estratégica imperialista de la ciencia económica, no existe sino la defensa del principio de la mercantilización universal”⁵⁵. En este entendimiento, si derecho y mercado traducen la misma lógica la conclusión será que el derecho es una estructura redundante respecto del mercado y su única función es la de garantizar las condiciones de libertad y seguridad del tráfico mercantil, de modo que la función del derecho es la de actuar como un mercado simulado, es decir, la adopción por parte del juez y el legislador de la solución que habría adoptado el mercado en el caso de que no existiesen obstáculos para su funcionamiento. Y así “en lugar del derecho como mediador de la realidad social, del Estado y la política como decisión de conflicto en nombre del interés general o de unos valores públicos, el análisis económico del derecho nos resucita el mito del mercado y de la eficiencia como modelo y criterio de organización social”⁵⁶. Se llega entonces a que el gestor principal del derecho es el mercado quedando para el Estado la función residual de garantizar su libre funcionamiento y la ejecución de sus fallos⁵⁷.

Cierto es que el análisis económico del derecho conjuga autores de muy diverso pensamiento. Tan es así que teóricos como Calabresi en los albores del desarrollo de esta corriente de pensamiento ya manifestaban su crítica en tanto los criterios de mercado llevados al ámbito del derecho no contemplan la cuestión de la justicia distributiva como materia de estudio del análisis económico del derecho⁵⁸, y más

múltiples leyes aplicables y a distintos tribunales judiciales estatales para su interpretación, cumplimiento y extinción, ello generaría costos de transacción que neutralizarían los efectos de reducción de costos que produce el fabricar o comercializar a nivel global”.

⁵⁵ Mercado Pacheco, Pedro, *Análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 163.

⁵⁶ Mercado Pacheco, *Análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, p. 37 y 284.

⁵⁷ Posner, Richard, *El análisis económico del derecho*, Barcelona, FCE, 1985, p. 19 y 20, sale en defensa de la interpretación que hace la escuela del análisis económico del derecho sobre el principio de eficiencia económica aplicado al campo jurídico. Desde esta visión el principio de eficiencia sería la regla general a partir de la cual se podría conocer lo justo, quedando fuera sólo extremas excepciones: “Las nociones de la justicia incluyen algo más que la eficiencia. No es obviamente ineficiente tolerar pactos suicidas; tolerar la discriminación privada por razones raciales; tolerar que se mate y se devore al pasajero más débil del barco de la vida en circunstancias de desesperación genuina; obligar a los individuos a declarar contra sí mismos; azotar a los prisioneros; permitir que se vendan niños para su adopción; permitir el uso de la fuerza homicida en defensa de un interés puramente material; legalizar el chantaje o permitir que los condenados elijan entre la prisión y la participación en experimentos médicos peligrosos. Sin embargo, todas esas cosas ofenden el sentimiento de justicia de los estadounidenses modernos, y todas son ilegales en mayor o menor (de ordinario mayor) medida” (citado por Rivera, *Derecho concursal*, p. 124).

⁵⁸ Tavano, María J., *¿Qué es el análisis económico del derecho?*, “Revista de Derecho Privado y Comunitario, Economía y Derecho”, 1999, p. 30 y 31, expone las diversas posturas que aparecen asociadas: “La primera crítica de Calabresi a Posner y sus seguidores es que la maximización de la riqueza no es el único objetivo del derecho, es uno de ellos. Después de todo –sostiene– ¿quién ha creído alguna vez que la maximización de la riqueza, sin tener en cuenta la distribución, podría clasificarse como un objetivo justo de la ley o de una sociedad justa? ¿quién podría decir que el único objeto

recientemente los alemanes Schaffer y Ott explican que la cuestión es preguntarse si todas las situaciones sociales en que se logra el óptimo de eficiencia están justificadas, llegando a la conclusión de que “Ello sólo podría admitirse si se prescinde de los criterios de justicia distributiva, lo cual no todos están dispuestos a aceptar (en particular los juristas). Por ello, la situación ideal de una sociedad es aquella en que concurren simultáneamente la eficiencia... y la justicia distributiva”⁵⁹. Sin embargo en la visión del análisis económico del derecho, asociado al mercado y la reducción de costos de transacción para la toma de decisiones eficientes en base a la autonomía de la voluntad de las partes involucradas⁶⁰, poco espacio queda para la intervención del Estado en la realización del valor justicia distributiva. Antes bien en materia de derechos sociales esta perspectiva consagra el dominio del referido Estado de trabajo schumpeteriano donde los países entablan la carrera por la reducción de costos para constituirse en plaza elegible del capital transnacional sin reparan en los sacrificios de su población. Con esta perspectiva las regulaciones de los mercados aparecen como externalidades que interfieren en la libre negociación de las partes, resultando entonces el derecho social un ejemplo de interferencia que corresponde desterrar del mercado de trabajo en pos de contribuir al “supremo” valor de la eficiencia⁶¹.

Quede claro que si predicamos que el derecho positivo es instrumental, lo propio deberá decirse de un método aplicado al análisis jurídico. Entonces, el problema no radica en las relaciones entre derecho y economía sino en los valores que inspiran tal interferencia. En otras palabras, la crítica no aplica al método sino en los intereses a los que sirve. Básicamente el análisis económico puede dirigirse a soluciones de eficiencia en términos de reducción de costos, para potenciar ganancias y

del derecho de daños es reducir los costes de los accidentes y los costos de seguridad sin tener en cuenta quien soporta las cargas de tal reducción? Afirma que el utilitarismo no reclamó el máximo de felicidad sin tener en cuenta su distribución y sostiene, como conclusión, que la maximización de la riqueza mal distribuída no lleva a la máxima felicidad”.

⁵⁹ Rivera, *Derecho concursal*, cita a Schäffer - Ott, *Manual de análisis económico del derecho*, Madrid, 1991, p. 45.

⁶⁰ Lorenzetti, Ricardo L., *Análisis económico del derecho. Valoración crítica*, “Revista de Derecho Privado y Comunitario, Economía y Derecho”, 1999, p. 76 relata los fundamentos del teorema de Ronald Coase señalando que “consisten en un mercado en equilibrio, donde existen condiciones de competencia perfecta, y en ausencia de costos de transacción las partes arribarán a una solución eficiente. De ello se deduce que el derecho está enfocado a garantizar que funcione el modelo de competencia perfecta: debe reducir la existencia de fallas del mercado, como las externalidades, monopolios; garantizar condiciones de libertad y seguridad; en definitiva, reducir los costos de transacción. Cuando ello no es posible y los costos de transacción son tan altos que dificultan la solución del mercado, el derecho debe proveer una solución, pero ésta debe ser modélicamente fundada en la lógica de lo que harían dos sujetos negociando libremente”.

⁶¹ Ermida Uriarte, Oscar, *Ética y derecho del trabajo*, disponible en www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2006-1/ErmidaUriarteEtica.pdf: “la economía se ha empobrecido sustancialmente por su distanciamiento de la ética, es decir, por preocuparse excesivamente de la eficacia, despreocupándose proporcionalmente de los efectos laterales y de los medios utilizados para obtener los objetivos. El denominado análisis económico del derecho es un ejemplo claro de esta economía numérica, que tiende a valorar los derechos en función de su costo y de quién lo solventa: transposición al mundo del derecho de esta economía técnica, numérica o moderna, ya que parece claro, por lo menos desde un punto de vista jurídico, político, filosófico y moral, que los derechos no son sólo instrumentos para alcanzar otros fines, sino que muchos de ellos, probablemente la mayoría, son fines en sí mismos y su validez no está condicionada por su costo ni por su funcionalidad económico-numérica. Más aún y superlativamente, aunque no exclusivamente, si se trata de derechos humanos o fundamentales”.

concentración de riqueza, o bien por el contrario a mediciones de demanda agregada global o de niveles de empleo, para tender a la inclusión de los sectores más débiles de la sociedad, como condición de justicia y sustentabilidad. La cuestión es que bajo la influencia de la nueva *lex mercatoria* la utilización del instrumental metodológico del análisis económico sirve a los intereses de la concentración de la riqueza en pos de la mercantilización universal, donde las leyes del mercado gobiernan a los Estados bajo una falsa vocación de derecho natural, de modo que la asociación aparece como necesaria aún cuando sólo esté temporalmente determinada bajo el gobierno global del poder económico del sector financiero.

5. Creación de valor para el accionista

La transformación de valores en principios se da claramente en este caso: del lucro y la acumulación de riqueza como valor se pasa al principio de la *creación de valor para el accionista* como el que resume y fundamenta el interés societario. Rappaport, reconocido como el teórico promotor de la noción a partir de mediados de la década del ochenta, eleva este principio como el que mejor define la *finalidad de la empresa*, no sin reconocer la “tensión política entre las prácticas empresariales inspiradas en el valor para el accionista, que son necesarias en un mercado mundial competitivo, y la larga tradición establecida de mantenimiento del bienestar social”⁶².

Este concepto de “creación de valor” refiere a la capacidad de una sociedad comercial para remunerar al capital, de modo que una compañía creará valor para sus accionistas cuando la rentabilidad obtenida sobre el capital invertido es superior al costo de dicho capital, debiendo los administradores de la sociedad orientar su gestión al cumplimiento de dicho objetivo como pauta para medir la conducta adecuada al canon del *buen hombre de negocios*. De esta forma se concreta la ideología del capitalismo financiero en la organización empresarial poniendo como objetivo primordial el logro de ganancias para el inversor. Es que en la medida que el capital financiero se impone en la comunidad global como factor principal para la supervivencia y desarrollo de cualquier proyecto económico de bienes o servicios, el capitalista gana poder relegando al accionista empresario, y mucho más al resto de los factores sociales afectados por el desempeño económico de las empresas, tanto sean trabajadores, proveedores, consumidores o el fisco.

En esta inteligencia se cierra el arduo debate acerca de la noción del *interés societario*. En un solo paso, se elimina primero todo vestigio de la doctrina que entiende a la sociedad comercial como una institución, desechado los derechos de la comunidad en el desarrollo de la empresa; inmediatamente se descarta el interés común de los socios, entendido como necesario y ordenado a cumplir los fines para los que la sociedad fue constituida, dado que la creación de valor es para los accionistas y no para la persona jurídica; y finalmente se concluye en la toma de partido por privilegiar el “capital monetario” por sobre el “capital dirigente”. Así no sólo se despeja toda injerencia de terceros ajenos a los socios en el análisis del interés social sino que entre estos últimos se le otorga preeminencia a quienes encuentran en

⁶² Rappaport, Alfred, *La creación de valor para el accionista. Una guía para inversores y directivos*, Bilbao, Deusto, 1998, p. 22.

la sociedad comercial un medio para la obtención de utilidades rápidas y fácilmente realizables, aún a costa de la propia supervivencia o desarrollo de la firma.

Esta visión es la denominada “solución financiera” del interés social cuya lógica se expresa en que el propio mercado es el titular del diferencial que implica la prima de control de la corporación⁶³. Con esta solución se consolida el triunfo del capital sobre el trabajo dentro de la tensión interna de la empresa⁶⁴ pero además del capital externo al ente, imponiéndose la doctrina contractualista que limita el interés de la sociedad a los mismos socios y de entre estos a quienes aportan capital como inversión de corto plazo, es decir de quienes buscan la valorización de las acciones y el reparto de dividendos por sobre el desarrollo del ente.

En un reciente informe elaborado por la Organización Internacional del Trabajo se hace referencia a la afectación del salario y el empleo sobre la base del principio de “creación de valor para el accionista” en el marco de la liberalización financiera: “La exigencia de dividendos más elevados por accionistas activos ha inducido a los directivos a ser más reacios que en el pasado, a las peticiones de aumento de salarios, mientras que la amenaza de subcontratación y de redimensionamiento han debilitado la posición negociadora de los trabajadores. Entre tanto, el papel cada vez más importante de los fondos privados de capital que no están sujetos a los controles reglamentarios a los que se enfrentan las empresas públicas ha inducido a actuar pensando más en el corto plazo y ha incrementado el riesgo de la gestión empresarial. En su intento de satisfacer a los accionistas que buscan los máximos beneficios a corto plazo, los gerentes ya no pueden compartir los beneficios de la cooperación a largo plazo con los empleados que traerían aparejada una mayor productividad y una mayor inversión en el capital propio de la empresa. En lugar de ello, se adaptan a las exigencias de sus accionistas, eligen proyectos de inversión que prometen beneficios tangibles a corto plazo y restringen los incentivos establecidos para recompensar a los empleados a largo plazo. Esta tendencia, provocada por la globalización financiera, ha afectado negativamente a los salarios de los trabajadores y a la seguridad del empleo y ha provocado en algunos casos el desmantelamiento innecesario de bienes concretos de la empresa, como su capital organizacional”⁶⁵.

⁶³ Rovira, Alfredo L., *El interés social: un concepto cambiante en la sociedad abierta que afecta al deber de lealtad de los administradores*, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario. “En el moderno derecho societario se ha afianzado la premisa de que el accionista (o grupo de accionistas) de control, que recurre al mercado de capitales para beneficiarse con financiación genuina y más barata, debe necesariamente estar dispuesto a soportar la carga que ello implica... Así, se concluye que la prima de control no es patrimonio del controlante sino del mercado y, por ello, su valor debe participarse entre todos los accionistas”.

⁶⁴ Cámara Argentina de Sociedades Anónimas, *¿Introduce la “solución financiera”, como objetivo de actuación del órgano de administración, un nuevo parámetro para la apreciación de la conducta de los directores de sociedades anónimas?*, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, refiriéndose al decr. 677/01: “La inclusión de la ‘solución financiera’ en el Informe Olivencia, fuente de la norma argentina, ha merecido críticas de buena parte de la doctrina española, que la ha considerado una expresión de vuelta al liberalismo del siglo XIX es decir al interés social como interés exclusivo del capital, lógico bajo la máxima del análisis económico del derecho: la eficiencia económica; destacándose la incompatibilidad de esta concepción con el constitucionalismo de posguerra”.

⁶⁵ OIT, Instituto Internacional de Estudios Laborales, Informe sobre el trabajo en el mundo 2008, *Desigualdades de renta en la era de la finanza global*, Ginebra, 2009, p. 57.

No es extraño entonces que fuera en 2001, momento en el que podría situarse como el del cenit de la subordinación del poder político de nuestro país a las demandas del sector financiero internacional, en que se consagra en norma jurídica de derecho positivo el valor finalista del lucro traducido en principio de creación de valor para el accionista, como objetivo primario para medir el deber de diligencia que deben observar administradores de las firmas que cotizan en bolsa. En el decr. delegado 677/01 se lee: “Que los deberes de lealtad y diligencia que deben tener los participantes en el mercado, son también de especial tratamiento en este acto, reafirmandose, como principio rector de la actuación de los administradores de los emisores, el ‘interés social’, precisado expresamente como el ‘interés común de todos los accionistas’, lo cual incluye, en el ámbito de las sociedades que acuden al mercado de capitales, la noción que en otros derechos y, en los mercados de capitales internacionales es aludida en términos de ‘creación de valor para los accionistas”.

Valga aclarar que el principio enunciado traducido en norma y fuente de derecho positivo es uno de los pocos ejemplos activos en que se muestra la axiología del mercado. Aunque en rigor, coherente con la lógica mercantil de desregulación y abstención del derecho represivo estatal respecto de la actividad de sus agentes, el principio de “creación de valor para los accionistas” no es otra cosa que un salvoconducto para preservar la responsabilidad de quienes toman decisiones con vistas sobre la coyuntura financiera o bursátil desatendiendo la suerte patrimonial del ente que administran a mediano plazo y de todo otro interés efectivamente comprometido (p.ej., trabajadores, proveedores, fisco), situación que *–mutatis mutandi–* se ve reflejada en la arquitectura jurídica que consagra la impunidad en las operaciones ruinosas de crédito soberano.

Naturalmente, en tanto se acepte el principio de creación de valor para el accionista como válido, inmediatamente se transforma en valor fundamental y guía para medir la gestión empresarial. Es que son los accionistas quienes nombran y remueven a los administradores de las corporaciones, por lo tanto si el ordenamiento jurídico no pone límites reglamentarios a la actuación de los funcionarios de las empresas en pos de intereses de la misma firma, de los trabajadores o de la comunidad, la consecuencia necesaria es que los directores orienten su gestión con el solo ánimo de lucro para los accionistas, que en muchos casos no está sólo relacionado con el reparto de dividendos sino también con la cotización bursátil coyuntural, porque de otro modo no conservarían su lugar en el grupo de dirección.

En esta inteligencia la técnica jurídica societaria conforme la cual una determinada comunidad autoriza a personas físicas a realizar inversiones limitando su responsabilidad, termina siendo una actualizada *patente de corso* que el Estado otorga gratuitamente a los capitalistas externos (*shareholders*). Con este marco ideológico como fundamento del interés societario de las grandes firmas y manual de supervivencia de los administradores, las iniciativas tendientes a establecer pautas que funcionen como contrapesos tales como las orientadas a fomentar la *responsabilidad social empresarial*⁶⁶ terminan limitando su alcance a obras de filantropía o destinadas

⁶⁶ Según la OIT: “La responsabilidad social de la empresa (RSE) es el reflejo de la manera en que las empresas toman en consideración las repercusiones que tienen sus actividades sobre la sociedad, y en la que afirman los principios y valores por los que se rigen, tanto en sus propios métodos y procesos internos como en su relación con los demás actores. La RSE es una iniciativa de carácter

a campañas publicitarias con la finalidad de mejorar la imagen corporativa, siempre subordinadas al supremo valor del lucro para el inversor.

6. El sistema financiero como imperio global

El desarrollo de un derecho de fuente mercantil con vocación de universalidad y la posibilidad de elegir el derecho nacional que más se ajuste a la conveniencia de la parte predisponente de los contratos, figura que Galgano dio en llamar *shopping de los derechos nacionales*⁶⁷, pone de manifiesto la irrelevancia e ineficacia de cualquier regulación estatal en materia económica. Ello unido a la sectorización de riesgos de la organización empresaria transnacional que la habilita a moverse de un país a otro conforme su conveniencia⁶⁸, consolida la posición dominante del mercado sobre el Estado nacional.

Y si esta posición dominante la ocupa el capital industrial mucho más la ejerce el capital financiero. En la actualidad la desregulación financiera y los adelantos en materia informática permiten la circulación instantánea de capitales sin intervención estatal. La desregulación liberó la creatividad contractual, fruto de lo cual vieron la luz una compleja variedad de productos financieros sin contacto con la economía real, que se negocian como un pseudo ordenamiento monetario paraestatal de un volumen varias veces superior a todas las economías nacionales sumadas⁶⁹. La especulación financiera tomó una escala surrealista ayudada por un despliegue en tecnología informática puesta a su servicio, tal el ejemplo de las operaciones con plataformas mercantiles de alta frecuencia (*high frequency trading*) que generan

voluntario y que sólo depende de la empresa, y se refiere a actividades que se considera rebasan el mero cumplimiento de la legislación” (www.ilo.org/public/spanish/support/lib/resource/subject/csr.htm). A nivel internacional esta iniciativa tiene su reconocimiento mediante el llamado Pacto Global de ONU: “Lanzado en 1999 por el secretario general de Naciones Unidas, Kofi Annan, y puesto en marcha oficialmente en la sede de las Naciones Unidas en julio del año 2000, el Pacto llama a las compañías a adoptar diez principios universales relacionados con los derechos humanos, las normas laborales, el medio ambiente y anticorrupción” (www.pactoglobal.org.ar).

⁶⁷ Galgano, *Orientaciones en el derecho comercial*, p. 96.

⁶⁸ Thurow, *El futuro del capitalismo*. Luego de mencionar distintos ejemplos de migraciones de empresas en países desarrollados, señala que “en vista de que las actividades económicas capitalistas emigran a los lugares con las menores regulaciones y las más bajas cargas sociales, los gobiernos nacionales ahora están compitiendo entre sí por dichas actividades, tanto como los Estados norteamericanos compiten para persuadir a las empresas comerciales de que se instalen en su jurisdicción. En una economía global, cuando una nación tiene impuestos y gastos sociales altos, digamos Suecia, las empresas simplemente se trasladan a las sociedades con impuestos y servicios sociales más bajos, digamos las del este de Asia, y esa nación se queda sin las rentas fiscales requeridas para financiar el nivel de servicios que sus votantes podrían necesitar” (p. 143).

⁶⁹ Sacroisky, Ariana - Rivas, María S., *Globalización financiera y crisis*, Documento de Trabajo n° 42, abr. 2012, Bs. As., Cefidar, p. 11, señalan que de acuerdo al Bank for International Settlements, llevaron al mercado de productos financieros derivados a alcanzar a fines de diciembre de 2011 la astronómica cifra de los U\$S 648 billones, superando en más de 10 veces el PBI mundial.

Hernández Viguera, Juan, *El casino que gobierna el mundo*, Bs. As., Le Monde diplomatique, 2011, p. 34, brinda datos respecto del valor de los títulos bursátiles, comprendiendo la capitalización del mercado de acciones y los préstamos y bonos en circulación, señalando que “ha dado un salto importante desde los 175 billones de dólares en 2008 hasta los 212 billones de dólares en 2010, superando el pico que se había alcanzado en 2007, dicho de otro modo, en 2010 el volumen mundial de los mercados financieros superó más de tres veces y media el PIB mundial, es decir, representaron una cifra del 265% por encima del PBI mundial”.

transacciones de compra venta de valores en milisegundos, posibilitando la compra en una plaza financiera a un valor y su inmediata venta en otra antes que se modifique su precio, obteniendo diferencias económicas sin ningún contacto con la económica real y con total independencia de cualquier regulación estatal⁷⁰.

Con estas herramientas los operadores del sistema financiero toman decisiones que impactan en la economía de los Estados, constituyéndose en el verdadero gobierno de la economía global. Soros define a esta estructura de gobierno como un “imperio abstracto” que lejos de buscar el equilibrio global lo que tiene como meta es la expansión y conquista de todo recurso disponible. La particularidad de este imperio es que –al menos en apariencia– no tiene una persona física que detente la autoridad ni tampoco un centro territorial fijo. El mismo autor destaca que se trata de un imperio puramente funcional, cuyas reglas favorecen al centro en detrimento de la periferia, pero que ese centro no está geográficamente determinado: “Podría afirmarse que el centro está en Nueva York y Londres, porque ahí es donde están situados los mercados financieros internacionales, o en Washington, Frankfurt y Tokio, porque es allí donde se determina la oferta monetaria del mundo; asimismo, podría afirmarse que el centro está en un paraíso fiscal, porque es allí donde está domiciliada la parte más activa del capital financiero mundial”⁷¹.

Esta forma de gobernanza en cabeza del sector financiero nace y se desarrolla a raíz del pasaje de la economía nacional a la economía global, al amparo del abandono progresivo de los Estados del lugar de regulador y de la creciente liberalización del comercio de bienes, servicios y dinero, en razón que este proceso de internacionalización de la economía no fue acompañada por instituciones políticas, de cooperación e integración entre los países⁷². De las políticas públicas regulatorias del sistema financiero en el ámbito nacional se pasa a una tendencia conforme la cual es el sistema financiero el que marca las pautas para el desarrollo de políticas económicas a los Estados, cuestión que aparece manifiesta cuando se analiza el comportamiento de los Estados ante la renegociación de deuda soberana. Allí se ve como la renuncia de la función regulatoria estatal y luego la subordinación a los mandatos de la burocracia del sistema financiero aparece en forma categórica: los Estados deben ordenar sus políticas públicas para garantizar el pago de sus deudas financieras con privilegio sobre cualquier otro compromiso social, mientras que para cumplimentar esos pagos deben obtener nuevos créditos cuya posibilidad de acceso y tasa de interés se sujeta a los designios del mercado, traducidos en índices de riesgo país elaborado por la banca o en notas de un reducido núcleo de calificadoros de riesgo privadas.

⁷⁰ Hernández Viguera, *El casino que gobierna el mundo*, p. 39 a 41.

⁷¹ Soros, *La crisis del capitalismo global*, p. 135 a 137. “La analogía del imperio está justificada porque el sistema capitalista global gobierna efectivamente a quienes pertenecen a él, y no es fácil abandonarlo. Lejos de buscar el equilibrio, está empeñado en la expansión. No puede descansar en tanto en cuanto existan algún mercado o recurso que permanezca sin incorporar. En este sentido, presenta escasas diferencias con respecto a Alejandro Magno o Atila el huno, y sus tendencias expansionistas bien podrían dar como resultado su propio desmembramiento. Cuando hablo de expansión, no me refiero a términos geográficos sino a influencia en la vida de las personas”.

⁷² Thurow, *El futuro del capitalismo*, p. 144: “Pero la era de la regulación económica nacional ha quedado atrás y la era de la regulación económica mundial todavía no ha llegado. Al menos durante un tiempo el capitalismo se va a manejar con mucho menos regulación gubernamental”.

La notable asimetría entre el sistema financiero y los Estados nacionales en su rol de administradores de riqueza, marca una tendencia que rememora la estructura de poder anterior a los Tratados de Westfalia, donde el conglomerado financiero ocupa el lugar del señor feudal al que rinden tributo los Estados nacionales de la actualidad, quienes apenas mantienen un poder residual que los inhibe de cualquier posibilidad de intervención efectiva en la redistribución de la riqueza⁷³.

7. Mercantilización del Estado y tecnocracia

Conceptualmente referimos al mercado como al espacio físico o virtual donde compradores y vendedores de bienes o servicios realizan transacciones o negocios. No se trata de un ente ni de una noción jurídica. No es un centro de imputación normativa diferenciada ni tampoco obedece por su forma a una estructura u organización específica. El ámbito del mercado abarca sectores diferenciados (financiero, bursátil, cerealero, petrolero, etc.), de modo que sus partícipes son agentes productores o intermediarios en la negociación de cierta mercancía. El grupo de acuerdo o transacción se reduce a una *élite* aunque el impacto de las decisiones que se tomen trascienda, directa o indirectamente, a la comunidad en general. Así, la desregulación o autorregulación de los mercados significa el apoderamiento de las decisiones económicamente relevantes por el grupo capitalista predominante sin intervención pública, vale decir sin injerencia política. En estas condiciones puede decirse que el mercado es un ámbito de neutralidad sólo aparente porque en definitiva responde a los intereses de quien efectivamente ejerce la posición dominante.

Siguiendo esta lógica, el Estado cuando participa del mercado se transforma en un actor más, es decir que se involucra en el acuerdo transaccional del mercado. Decimos entonces que el Estado nacional se *mercantiliza*, funciona y se adapta a las reglas *universales* del mercado, admitiendo y sometiéndose al predominio y relación de poder forjado en el aparente *ámbito libre de la oferta y la demanda*.

Esta metamorfosis, como proceso conforme el cual el Estado pasa de ser un sujeto de derecho público y necesario y se transforma en una persona jurídica de derecho privado, es posible gracias a una mutación del derecho positivo estatal de la segunda posguerra sobre la base de la cual se considera esta doble personalidad de acuerdo a la naturaleza del acto del que participa. Desde entonces cuando el Estado se relaciona con corporaciones privadas en el ámbito global el acto se lo considerará de gestión privada (*iure gestionis*), quedando reservado el ámbito del derecho público para los actos de gobierno (*iure imperii*). Vale decir que es el Estado quien se somete a la regla mercantil y no a la inversa.

Esta ficción del desdoblamiento de la personalidad del Estado se desmorona en caso de emergencia o crisis económica, toda vez que el derecho positivo habilita

⁷³ Halimi, Serge, *El sueño de una sociedad de mercado*, Le Monde diplomatique, jul. 2011, lo expresa con referencia a la situación europea actual: "Europa está estableciendo ahora 'temas francos' (economía, aspectos sociales) a propósito de los cuales el debate entre partidos políticos se desvanece, ya que se trata de ámbitos de soberanía limitada o nula. La discusión se concentra entonces en los 'temas de sociedad': la burka, la legalización del cannabis, radares en las autopistas... Esta visión general confirma una tendencia ya perceptible desde hace dos décadas: la deslocalización del poder político real hacia sitios de ingravidez democrática".

su participación en los mercados pero no resuelve el caso de insolvencia. En otras palabras el Estado actúa como un sujeto privado más cuando contrata, pero recupera sus atributos de soberano cuando no puede cumplir sus compromisos, de modo que la crisis económica no provoca potencialmente su disolución y liquidación, tal y como puede ocurrirle a otros sujetos privados mercantiles. Por esta razón podríamos decir que los Estados participan del mercado, y específicamente del mercado de deuda, con la ventaja o cobertura del reconocimiento mundial de que los países no pueden someterse a la intervención armada de otros países o a la disolución por no pagar sus deudas. Pero esta ventaja es sólo aparente porque la supervivencia del Estado constituye a su vez una garantía de tiempo indeterminado para los acreedores. La vocación de cobro sólo se agota con el pago efectivo de la deuda, pesando sobre las sucesivas generaciones del país la inevitable *socialización* de la deuda, es decir la transferencia del pasivo del Estado a su población, mediante la destrucción de las instituciones que hacen al denominado Estado de bienestar con destino al ahorro público para el pago de la deuda financiera⁷⁴.

Esta transferencia del sector público al sector privado financiero no emerge de una regulación jurídica. No existe una regla o norma jurídica internacional que determine cual es el rango o ratio de deuda pública que trae como consecuencia la adopción de políticas públicas restrictivas del gasto. Por el contrario, la transferencia resulta *de hecho no de derecho*: tratándose de un acuerdo de mercado el Estado es un sujeto mercantil más cuya autonomía de decisión política resultará de la posición relativa que ocupe en ese mercado. Si el Estado interviene en el mercado de deuda internacional en moneda propia, mantendrá la decisión política de su administración mediante la emisión monetaria⁷⁵ (p.ej., EEUU y Reino Unido, 2009), mientras que el resto se deberá sujetar al mandato del mercado para mantener su *status* como sujeto mercantil (p.ej., Argentina en 2000/2001, Grecia y España 2011/2012), toda vez que si no cuenta con los recursos para cancelar sus deudas el dilema es lograr la refinanciación al precio que pidan los acreedores o declarar la cesación de pagos y salirse del mercado. Siendo esto así queda claro que el mercado no funciona conforme leyes objetivas no escritas, antes bien la desregulación pública o autorregula-

⁷⁴ Soros, *La crisis del capitalismo global*, p. 152 y 153 señala: “¿Qué sucede cuando un país no paga su deuda? La respuesta está envuelta en misterio porque los impagos formales suelen evitarse. Existe la impresión general de que el país afectado sufrirá daños irreparables, pero en realidad muchos países han incumplido sus obligaciones y se han hallado fórmulas para salir del paso. Tras la crisis internacional de deuda de 1982, se creó el Club de París para ocuparse de la deuda oficial y el Club de Londres para la deuda comercial. Además, se emitieron los llamados bonos Brady para reducir la cantidad principal de la deuda pendiente... Por regla general, a los prestamistas les suele ir mejor en una crisis internacional que a los deudores. Tal vez tengan que refinanciar sus préstamos, prorrogar las fechas de vencimiento, o incluso otorgar tasas concesionarias, pero no abandonan sus reivindicaciones... Aunque los países deudores tal vez no puedan liquidar plenamente sus obligaciones, vendrán obligados a pagar hasta los límites de su capacidad. La carga que ello supone les abarcará normalmente durante muchos años”.

⁷⁵ Soros, *La crisis del capitalismo global*, p. 154: “La emisión de dinero es una prerrogativa nacional, y los países cuya moneda es fácilmente aceptada en las transacciones financieras internacionales están en mucho mejor situación que los que no pueden endeudarse fácilmente en su propia moneda. Esta es una de las principales ventajas de estar en el centro en vez de estar en la periferia. Los beneficios de la obtención de señoreaje (los intereses ahorrados mediante la emisión de billetes de banco en vez de letras del tesoro) son relativamente insignificantes en comparación con la ventaja de estar al mando de la política monetaria propia”.

ción privada no hace más que cristalizar una cierta posición de dominio *de hecho* sin límite *de derecho*.

Esta relación de fuerzas se expresa en la intervención de instituciones que se han ocupado en las últimas décadas de operar como el órgano ejecutivo del gobierno del mercado. En este sentido se destaca el rol de las agencias calificadoras de riesgo (Moody's, Standard & Poors, Ficht) o la banca de inversión (Merryl Lynch, Morgan), mediante informes y mediciones que condicionan la elaboración de políticas públicas de los países deudores⁷⁶, y muy especialmente el del FMI (Fondo Monetario Internacional) o la llamada Troika en el caso europeo, constituida por el mismo FMI, el BCE (Banco Central Europeo) y la Comisión Europea, cuya fisonomía multiestatal y técnica, los habilita a funcionar como auditores de sus Estados deudores que integran –aunque con participación marginal– esas mismas instituciones⁷⁷.

Toussaint refiere a esta situación como una alegoría a la que llama “la religión del mercado” donde los dioses paganos son los mercados financieros que se expresan en los medios de prensa en boca de periodistas para que ayuden a los creyentes (la población toda) a comprender las señales enviadas por estos “dioses”: “Los lugares donde los dioses abruman con la manifestación de sus humores están en Nueva York, en Wall Street, en la City de Londres, en las bolsas de París, de Frankfurt y de Tokio. Para medir su satisfacción, se inventaron instrumentos que llevan el nombre de Dow Jones en Nueva York, Nikei en Tokio, CAC 40 en Francia, el FTSE en Londres, el Dax en Frankfurt, el IBEX en España. Para asegurarse la benevolencia de los dioses, los gobiernos sacrifican los sistemas de seguridad social en el altar de la bolsa, y además privatizan”⁷⁸.

Lo cierto es que la distancia de estas organizaciones con la legitimación del voto popular y la defensa que postulan de los intereses de la clase empresarial⁷⁹, lo cual se pone de manifiesto con la presión que ejercen para la destrucción del derecho del trabajo y de la seguridad social⁸⁰, tornan impropia la denominación de tecno-

⁷⁶ Galgano, *Orientaciones en el derecho comercial*, p. 36 y 37: “La relación entre Estado y mercados se ha invertido, o mejor, son las sociedades transnacionales de rating la fuente que juzga los títulos del débito público emitidos por los Estados y condicionan la política financiera de estos últimos”.

⁷⁷ Galgano, *Orientaciones en el derecho comercial*, p. 95: “la globalización trastorna antiguas escalas de valores, señala la declinación de la primacía de la política sobre la que las escalas de valores están contraídas, advienen nuevas formas de gobierno de la sociedad, que se pueden denominar tecnodemocracias, dentro de las cuales la función de las instituciones de la democracia representativa parecen estar limitadas a la selección del personal técnico”.

⁷⁸ Toissanint, Eric, *Neoliberalismo. Breve historia del infierno*, Bs. As., Le Monde diplomatique, 2012, p. 82 y 83.

⁷⁹ Millet, Damien - Toussaint, Eric, *¿Hay que pagar la deuda?*, Le Monde diplomatique, jul. 2011, traen un ejemplo del como una organización tecnocrática regional opera a favor de los agentes financieros y en contra de los países: “El estatuto del Banco Central Europeo le prohíbe prestar dinero a los Estados, pero le permite facilitar fondos a la banca privada a una tasa del 1%, que ésta prestaba a países como Grecia a un interés de entre el 4% y 5% para un plazo de tres meses, y al 12% para los títulos a diez años, que en mayo de 2011 se acercó al 17%. Esta situación absurda, que ha posibilitado a los bancos la obtención de fabulosos beneficios, ha colocado a Grecia ante una deuda que se multiplica incesantemente y que se torna impagable”.

⁸⁰ “La Vanguardia” (España), 12/9/12, supl. Economía: “La Troika de acreedores de Grecia exige al gobierno heleno cambios radicales en el derecho laboral para que los trabajadores puedan hacer jornadas de hasta 13 horas diarias si la empresa lo considera necesario, según informaron hoy fuentes del Ministerio de Trabajo de Atenas. Los expertos del Banco Central Europeo (BCE), el Fondo

democracias a estas nuevas formas de gobernanza global, más bien correspondería hablar de tecnomercadocracias o puramente tecnocracias⁸¹.

8. Una tercera dimensión

Lo visto en el capítulo son algunas notas para una aproximación a la globalización de las relaciones económicas como una dimensión espacial distinta de la estatal e internacional como fuente de derecho. Si bien es cierto que el derecho positivo requiere en última instancia de la estructura del Estado para su sistematización y aplicación, no lo es menos que, desde una perspectiva conductista, en el ámbito transnacional de la economía se definen los estímulos que llevan a la toma de decisiones que influyen en la vida y convivencia humana. En este sentido el endeudamiento soberano sin regulación de instituciones políticas en la comunidad de naciones es el ejemplo más notable de un orden regido bajo el gobierno y los valores de quienes ejercen la autoridad de facto que dimana del poder económico.

Capítulo IV EL ESTADO DEUDOR

La mirada expuesta de la globalización en donde progresivamente se va afianzando el poder de un imperio financiero se manifiesta con toda claridad en la cuestión del endeudamiento de los países. Es que cuando el Estado prevalece sobre el sector financiero lo regula, pero cuando el deudor del sector financiero es el Estado la relación se invierte porque en este caso es el sector financiero quien impone las condiciones. Así el endeudamiento público funciona como un puente para la intervención del poder económico condicionando al poder político.

El problema del Estado deudor comienza por la decisión de tomar deuda, toda vez que si se acepta que los países tienen la potestad de fijar su política presupuestaria y emitir moneda, la necesidad de recurrir al crédito debe tener una justificación excepcional. Bueno es recordar lo que enseñaba Marienhoff: “Desde el punto de vista económico, la vida institucional de la nación debe desenvolverse de acuerdo a las previsiones de la ley de presupuesto. Apartarse de éste para recurrir sistemática-

Monetario Internacional (FMI) y la Comisión Europea proponen además que se instaure la semana laboral de seis días y que la edad de jubilación se eleve de 65 a 67 años. Además, se pide que se reduzcan a la mitad los plazos de anuncio de despido y las indemnizaciones, y que se eliminen 15.000 puestos de trabajo públicos hasta final de año”. “Grecia analiza aplicar aún más recortes La ‘troika’ quiere que Grecia implemente reformas radicales al mercado laboral, como extender la semana laboral a seis días, o mayores recortes en las pensiones y los salarios del sector público” (“Clarín”, supl. iEco, 12/9/12).

⁸¹ Halimi, Serge, *Una burla a la democracia*, Le Monde diplomatique, dic. 2011, afirma que “El FMI, el Banco Central Europeo y la Unión Europea –la ‘troika’– han implementado, a su modo, la ‘doctrina de la soberanía limitada’ en Grecia e Italia, al colocar a tecnócratas a su servicio al frente de los gobiernos nacionales” (refiere a Lucas Papademos y Mario Monti).

mente al empréstito, implica vivir en el desorden. No es sensato ni aceptable gobernar o administrar en base a empréstito”⁸².

En un ciclo económico las autoridades del Estado deberían presupuestar gastos de conformidad con los ingresos fiscales y asignar esos recursos, de modo que el endeudamiento público sólo se justificaría en casos no previstos o bien por emprendimientos que beneficien a la población por un período superior al período fiscal en que se produce el gasto. Como lo señaló Villegas⁸³ el empréstito no es un verdadero ingreso fiscal, sino un traslado de la financiación de un gasto público a las futuras generaciones. Su fundamento, en el caso de las emergencias es la solidaridad, y en el de las empresas de utilidad nacional es un principio de justicia distributiva, ya que todas las generaciones que se beneficiarán con la obra deben soportar su costo. Así podríamos considerar que ante una situación de emergencia como, por ejemplo, un evento climático catastrófico, estará justificada la decisión del gobierno de endeudarse para tener recursos extraordinarios destinados a socorrer a los damnificados, y también admitiremos la necesidad de tomar deuda por parte de un gobierno cuando se decide la construcción de una autopista o una represa hidroeléctrica porque su uso se prolongará en el tiempo y por lo tanto se justifica el devengamiento y la asunción del gasto por distintas generaciones.

Pero esta aproximación a la fundamentación del endeudamiento soberano no se compadece con su causa real. El motivo por el que los Estados recurrieron durante las últimas décadas en forma crónica al endeudamiento deberíamos más bien hallarlo en cuestiones tales como: a) expandir la masa monetaria (emisión contra deuda); b) cubrir déficit sin aumentar impuestos; c) financiar compras en el exterior, y d) financiar la salida de capitales al exterior. Entonces, salvo en el primer caso y en la medida que se trate de endeudamiento de corto plazo como herramienta de regulación monetaria o bien cuando el crédito tenga destino en la compra de bienes de capital, el endeudamiento soberano aparecerá asociado al despilfarro de recursos económicos y al empobrecimiento de las futuras generaciones.

Con una finalidad distinta a la cobertura de las necesidades de la población de los países, el endeudamiento soberano se transforma en una abstracción financiera, cuya metodología era ya bien conocida en el siglo XIX. Alberdi lo ilustra con un ejemplo en el cual el desembolso real por parte de los acreedores es de un pequeño porcentaje de una deuda que se transforma en un procedimiento estable para el pago crónico de intereses, dejando al desnudo que en la matriz del endeudamiento soberano está el de la transferencia de recursos del deudor al acreedor sin contraprestación real⁸⁴. De esta forma el endeudamiento funciona a la manera de *caballo*

⁸² Marienhoff, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, t. III-D, p. 677.

⁸³ Villegas, Héctor B., *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1977, p. 79.

⁸⁴ Alberdi, Juan B., *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina en la Organización de la Confederación Argentina*, t. II, Bs. As., El Ateneo, p. 276 a 278. Alberdi la explicó con magistral claridad: “El gobierno que necesita cinco millones de duros, no acude a un capitalista que los tenga en caja solicitando su desembolso instantáneo. No habría capitalista tan inhábil que conservase en caja esa suma. Así se contraen los empréstitos pequeños en la América del Sud; pero hace mucho tiempo que en Europa se realizan los grandes empréstitos de un modo colectivo, por asociaciones anónimas de infinitos accionistas, que hacen entregas graduales, las cuales producen títulos que se negocian por los directores del empréstito, para levantar los fondos con que deben realizar las entregas sucesivas. Nunca se entregan al contado las grandes sumas ofrecidas en préstamo. Se

de Troya para las naciones, ya que se muestra como un regalo en tiempos de abundancia financiera global pero a poco de ingresar en el perímetro regulatorio del Estado deudor revela su verdadero rol y construye un poder alternativo con vocación de conquista sobre el patrimonio público y la arquitectura jurídica social.

La experiencia de nuestro país en la materia constituye un cabal y reciente caso testigo, donde el sobreendeudamiento y la incapacidad material de cumplir con los pagos comprometidos concluyeron durante la década del noventa en políticas de desmantelamiento de la regulación económica y cesión del patrimonio público al capital financiero, y, agotada esa instancia, terminaron en leyes de privatización de la administración de los fondos de jubilaciones y pensiones, de precarización del contrato de trabajo privado y de rebaja salarial del empleo público.

1. Desigualdad y deuda pública

Desde un enfoque racional podemos fácilmente concluir que las reglas de la globalización económica tienden a la concentración de la riqueza, es decir a acrecentar la desigualdad social. En un mercado inmune a toda supervisión o regulación institucional los partícipes se encuentran liberados para lograr cuotas crecientes de participación hasta llegar a su dominio monopólico. La libertad de contratación y el derecho de propiedad pasan a ser absolutos en el ámbito global, constituyéndose en la norma básica o fundamental del ordenamiento universal.

estipulan plazos para ello. A medida que el gobierno recibe las entregas por el orden de los plazos estipulados, va entregando los títulos o documentos de obligación al prestamista, que contienen la garantía de su débito. Según esto, toda la dificultad del prestamista está en disponer de la cantidad efectiva para llenar el primer plazo; cantidad que puede ser tanto más pequeña cuanto mayor sea el número de plazos estipulados para la entrega total. En posesión de los efectos públicos o títulos de obligación dados por el gobierno en cambio de la primera entrega, pone en circulación dichos documentos, y vende este papel a cambio del dinero que necesita para efectuar las entregas ulteriores, quedándole en beneficio la diferencia entre el premio convenido con el gobierno y el precio corriente de dichos títulos en el mercado. Lo que hizo con el producto de los efectos o títulos obtenidos por la primera, hace con los de la segunda, y así sucesivamente hasta realizar la entrega de cinco y más millones sin haber tenido necesidad de disponer para ello sino del valor de medio millón más o menos. Con los mismos documentos del gobierno, puestos en circulación, ha obtenido el prestamista el dinero que ha dado en préstamo a ese gobierno; pero para encontrar compradores de esos efectos o títulos, ha tenido que acreditarlos con todas sus fuerzas, es decir, que infundir confianza en los medios y en la estabilidad del gobierno deudor de dichos títulos para cumplir las condiciones de su préstamo. No de otro modo se contrajo en Inglaterra el empréstito inglés de Buenos Aires. ¿Qué condiciones necesita poseer el gobierno que toma prestado, para infundir esa confianza en el valor de sus títulos de obligación? ¿El gobierno de la Confederación Argentina reúne esas condiciones? El gobierno que toma prestado no necesita tener fondos disponibles para reembolsar más tarde la totalidad de su deuda. Le bastará tener el necesario para pagar los intereses o renta puntualmente. Este interés o renta forma todo el precio de la deuda del Estado. No importa que la deuda sea perpetua cuando el deudor tiene vida inmortal en la tierra; es dueño de un vasto territorio y dispone de rentas públicas, que inevitablemente tienen que ser más ricas y abundantes de año en año. Al tenedor de los títulos o efectos del gobierno poco le importa que éste no reembolse su valor nominal, si hay otras personas dispuestas a tomárselos por ese valor. Para que haya compradores de esos títulos, basta que el interés o renta estipulados en ellos se pague puntualmente, lo cual depende, en el crédito público como en el crédito privado, de que el gobierno deudor tenga con qué pagar los intereses y respeto a la puntualidad de sus promesas. Necesita, a más de ser puntual y fiel en sus promesas, tener seguridad de ser estable y de que sus obligaciones serán respetadas por sus sucesores”.

Como en los albores de la Revolución Industrial en esta fase de economía global, el capitalista se encuentra desatado de compromisos jurídicos de carácter social. En aquella época tenía libertad absoluta para imponer los términos del contrato de trabajo, en la actual tiene libertad para elegir el lugar donde desarrollar sus negocios con mayores márgenes de rentabilidad, vale decir donde el derecho social estuviera menos desarrollado y el Estado actúe como un cómplice de sus negocios.

En un mundo sin reglas que protejan al más débil se impone naturalmente la ley del más fuerte. El avance en tecnología es entonces aprovechado por quienes dispone del capital para abaratar los costos de mano de obra. Así el capitalismo avanzado promueve una nueva revolución industrial donde la reducción de personal asociada a la reducción salarial es ponderada como el mecanismo idóneo de una economía competitiva⁸⁵.

Y la idea de competitividad se impone en dos niveles, uno en la sociedad global donde compiten los Estados y otro en el interior de los Estados donde la competencia se da entre individuos. En el primer nivel la competencia se impone en forma absoluta toda vez que no existe un ente supranacional que establezca reglas que mínimamente organicen los sus términos y mucho menos que tiendan al equilibrio y el bien común de la humanidad. En cambio en el segundo nivel, es decir en donde la competencia se da entre individuos, el Estado es el encargado de arbitrar con el objetivo de lograr el bien de la comunidad que organiza y gobierna. Pero si el Estado toma parte en un mercado global sin intervención de ninguna autoridad política el resultado es que las reglas de la competencia económica del primer nivel se trasladan a las del segundo. En otras palabras, si el Estado mismo se involucra como un actor más en un mercado global donde prima el individualismo y el lucro ilimitado, tal forma de organización se reflejará en el interior del Estado, toda vez que esa es la condición para sostener el grado de competitividad del primer nivel. Es que si consideramos que competitivo es aquel que es eficiente, y eficiente es quien logra producir lo mismo a menor costo, el Estado será competitivo cuando en el territorio bajo su soberanía se logre el mismo resultado económico con menos recursos. Luego si tenemos que el fenómeno de la globalización tiende a la creciente equiparación tecnológica lo que quedará es la competencia por costos de mano de obra. El resultado es que los Estados para ser competitivos a nivel global tienen que imitar las leyes de la globalidad en sus territorios, absteniéndose de arbitrar en la distribución de riqueza, lo que se traduce en la destrucción del derecho social. Y cuando un Estado que concede todo o parte de su derecho social se beneficia de mayor empleo resultante de la mayor competitividad a costa de otro Estado más protector, este último se verá obligado a imitarlo y superarlo en concesiones al sector capitalista, creando un ciclo insustentable desde el punto de vista económico porque tiende a la destrucción de la demanda y de creciente desigualdad no sólo entre Estados ricos y pobres sino tam-

⁸⁵ Castro, Jorge, *El capitalismo finaliza su integración mundial*, "Clarín", 21/4/13, p. 35, trae un ejemplo elocuente: "Foxconn es la mayor empresa manufacturera del mundo y la primera exportadora de bienes industriales de la República Popular China... Ahora, Foxconn ha informado que en los próximos 3 años va a incorporar a sus plantas de montaje 1.2 millones de robots ultraflexibles, que son bienes de capital propio de la 'nueva revolución industrial'. Foxconn se vuelca a la tecnología más ahorrativa de fuerza de trabajo creada por la frontera tecnológica del sistema... Lo que ha convertido a Foxconn en la mayor empresa manufacturera del mundo es la ventaja comparativa surgida del bajo costo de mano de obra china, crecientemente calificada y proverbialmente dotada del sentido de la disciplina".

bién en el interior de los mismos Estados entre las dos clases sociales. De este modo triunfa como diseño el mercado global desregulado e impone su arquitectura y valores sobre los distintos mercados nacionales a los que iguala bajo el paradigma de la no intervención.

¿Y cuándo el Estado se convierte en un actor más sometido a las reglas del mercado global? Esto ocurre especialmente cuando acude por financiamiento al mercado global. Esta es la piedra filosofal de la hegemonía del mercado y sus reglas. El Estado al requerir créditos al sector privado internacional, sin destino a obras de infraestructura, lo que hace es trasladar temporalmente sus déficits, pero para lograrlo debe otorgar garantías del pago del capital y la renta del préstamo. ¿Y cómo el Estado deficitario puede otorgar garantías de pago? Puede ceder parte de su patrimonio mediante la venta de bienes (privatizaciones) o la afectación de ingresos. En el primer caso la garantía se agotará en la primera etapa, mientras que para la afectación de ingresos el Estado debe aumentar con cierto grado de permanencia la carga impositiva a la población y disminuir el gasto interno o social. Siguiendo esta lógica, luego de la liquidación de los bienes públicos, el Estado inmerso en la regla del mercado global cesa en toda pretensión distribucionista y de protección de su población. El objetivo principal del gobierno del Estado pasa a ser el de conseguir nuevos créditos como el mal menor de una economía en crisis. De esta forma el Estado exánime queda completamente vacío de contenido y finalidad y cede toda la iniciativa al capital privado aún en materias como el empleo, la salud, la educación y la seguridad social. El resultado es que el capital privado se apropia de toda la dimensión económica de lo humano e impone su gobernanza bajo el valor del lucro ilimitado y de los principios de la competitividad y la eficiencia. El mercado global termina siendo el género dentro del cual el Estado es la especie. La esencia del mercado se traslada al Estado y por su intermedio al individuo. El Estado se mercantiliza y el hombre también. Los valores que inspiran el ordenamiento jurídico de los Estados se reducen a un valor que definitivamente pase a ser sinónimo de precio.

Entonces la justicia en su especie distributiva deja de ser un valor. Por el contrario, siendo el valor el lucro los principios que se imponen son los de la competencia, al modo de un ordenamiento libre de premios y castigos, sobre la base de la oferta y la demanda. Pero ese supuesto espacio de libertad lo es sólo para quienes están en condiciones de participar de ese juego de la oferta y la demanda, porque en ese espacio quienes no cuentan con nada para ofrecer nada pueden demandar, de modo que el sistema de mercado crece con una aporía congénita en la medida que no existe un punto de partida parejo para todos los competidores. La regla de mercado global es como una carrera donde la línea de llegada a un nivel de bienestar no le es negada a nadie pero los corredores parten desde distintos lugares, donde algunos al nacer ya tienen asegurado un lugar en la meta mientras que otros nacen y crecen excluidos de toda posibilidad real de acceso.

Y este análisis racional tiene su correlato empírico. En la última década la *salida de mercado* a las crisis financieras de los Estados se repite en todas las latitudes: se protege a los bancos y se ajusta a la baja el salario, se restringe el empleo público y se recorta el presupuesto social. A la ya mencionada experiencia argentina de principios del milenio, se le suman los procesos que se desarrollan en los países del sur de Europa en los últimos años tendientes a la destrucción de las instituciones del

derecho social, como mecanismo necesario para elevar la nota crediticia en tanto medida principal de evaluación en una economía global financiera⁸⁶.

De este modo el endeudamiento público se convierte en el puente para la penetración de las reglas de la globalización en el interior de los Estados. Del Estado benefactor se pasa al Estado ausente como árbitro y factor de equilibrio y luego al Estado policial como brazo armado para garantía del respeto del derecho de propiedad privada y de los contratos como ley suprema. Con la apariencia de la objetividad de la competencia libre se cristaliza el poder de quienes detentan el dominio del mercado financiero imponiendo sus valores y sus reglas⁸⁷ incompatibles con cualquier pretensión de justicia distributiva⁸⁸.

Con las finanzas en el gobierno mundial el resultado es un derecho social en extinción cuyos efectos avanzan de la periferia hacia el centro⁸⁹ e impactan en un progresivo incremento de la desigualdad aún en las naciones más desarrolladas⁹⁰.

⁸⁶ Millet, Damien - Toissaint, Eric, *¿Hay qué pagar la deuda?*, Bs. As., Le Monde diplomatique, jul. 2011, p. 22 y 23 resumen las medidas de gobierno desde 2010 en Grecia, Portugal e Irlanda, tendientes a enfrentar la crisis financiera que afectan el empleo público, jubilaciones, protección social e impuestos. En todos los casos los planes siguen la misma matriz: reducción de puestos de trabajo público, recortes en haberes jubilatorios e incremento de la edad para acceder al beneficio, aumentos en el impuesto al valor agregado, etcétera.

⁸⁷ Krugman, Paul, *Un ropaje de rigor académico*, "Clarín", supl. iEco, 5/3/13, p. 5: "no se puede entender la influencia de la doctrina de la austeridad sin hablar de clase y desigualdad. El plan de ajuste se parece demasiado a una mera expresión de preferencias de la clase alta, envuelta en un ropaje de rigor académico. Lo que el 1% más rico quiere se convierte en lo que la ciencia económica dice que hay que hacer".

⁸⁸ Geuens, Geoffrey, *Las finanzas invisibles*, Bs. As., Le Monde diplomatique, may. 2012, sostiene que "contrariamente a una idea en boga, las finanzas tiene uno, o más bien varios rostros. No el del jubilado de Florida o el pequeño tenedor europeo complacientemente descrito por la prensa, sino más bien los de una oligarquía de propietarios y administradores de fortunas. Peyrelevade recordaba en 2005 que el 0,2% de la población mundial controlaba la mitad de la capitalización bursátil del planeta. Estas carteras son administradas por bancos (Goldman Sachs, Santander, BNP Paribas, Société Générale, etc.), empresas de seguros (AIG, AXA, Scor, etc.), fondos de pensión o inversión (Berhshire Hathaway, Blue Ridge Capital, Soros Fund Management, etc.); instituciones que invierten además sus propios fondos. Esta minoría especula con la cotización de las acciones, de la deuda soberana o de las materias primas, gracias a una gama casi ilimitada de productos derivados que revelan la inagotable inventiva de los ingenieros financieros. Lejos de representar el resultado 'natural' de la evolución de economías maduras, los 'mercados' constituyen la punta de lanza de un proyecto que, tal como advierten los economistas Gérard Duménil y Dominique Lévy, fue 'concebido para incrementar los ingresos de la clase alta'. Un éxito innegable: el mundo cuenta actualmente con alrededor de 63.000 'centimillonarios' (poseedores de al menos 100 millones de dólares), que representan una fortuna combinada de aproximadamente 40 billones de dólares (es decir, un año de PBI mundial)".

⁸⁹ Serrano, Franklin, *La crisis es política*, entrevista en "Página 12", supl. Cash, 25/11/12, p. 2 explica: "La idea explícita es desmontar los Estados de bienestar en la periferia. Pero el objetivo último es terminar con ellos en los países del centro. El problema de Ángela Merkel no es el trabajador griego, es el trabajador alemán. Las élites europeas quieren una fuerza de trabajo más barata, obediente y, sé que es terrible, blanca, porque no quieren depender de los inmigrantes para la reducción del costo del trabajo. Por eso, nada mejor que una periferia que presione a la baja los salarios, presión que en algún momento se trasladará a los países del centro. No hay que perder la dimensión de los intereses económicos y de clase".

⁹⁰ Sobre la desigualdad social actual en EEUU refirió el propio presidente Barak Obama en el discurso pronunciado el 3 de diciembre de 2013 en el Center for American Progress en Washington señaló que "La peligrosa y creciente desigualdad y la falta de movilidad social ha puesto en peligro la premisa básica de la clase media de EEUU de que si trabajas duro, tienes la oportunidad de salir

Como lo pone de manifiesto el reciente informe Oxfam, a partir de 1980, cuando se inicia el período de mayor financiarización de la economía mundial, la desigualdad social se incrementó gravemente pasando a ser un problema que no sólo compromete a las naciones pobres sino que es una cuestión crítica también en los países más desarrollados⁹¹ que amenaza el equilibrio social y la democracia como matriz de organización del Estado⁹².

2. Marco jurídico para el endeudamiento soberano

El excedente de liquidez y la necesidad de contar con consumidores de gran escala es seguramente el elemento principal que motoriza a la industria financiera a promover el endeudamiento de los países. Durante la década del setenta se dan dos circunstancias que potencian esta necesidad de parte de los agentes financieros asociados a las principales potencias: en primer lugar la denuncia de los acuerdos de Bretton Woods por parte de los Estados Unidos a fines de 1971, en lo referente a la salida del patrón oro, que lo habilitaba a emitir su moneda sin otro respaldo que su propia decisión soberana, y en segundo término los efectos del aumento de la rentabilidad petrolera ocurrido con posterioridad a la crisis de 1973, que llevó a depósitos exorbitantes en las instituciones financieras. A este panorama se agrega el alineamiento de los países latinoamericanos gobernados por dictaduras bajo el auspicio y

adelante" ("Ámbito Financiero", 5/12/13). Al respecto ver la obra de Stiglitz, *El precio de la desigualdad*. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita, largamente citada en el presente trabajo, es un extenso documento que advierte sobre la creciente desigualdad en EEUU, poniendo el énfasis en la necesidad de modificar las reglas que hacen a la disvaliosa distribución de riqueza social. El mismo diagnóstico expone Kristof, Nicholas, *Mucho en muy pocas manos*, "Clarín", supl. iEco, 7/10/12, p. 5, al señalar que en EEUU la distribución se "ha distorsionado tanto que el 1% más adinerado posee más que el 90% restante, según el Instituto de Política Económica de Washington" y ejemplifica "En 2010, el 93% del avance del ingreso nacional fue para el 1% más rico" dando como resultado que en setiembre de 2012 el coeficiente Gini marcaba el record de desigualdad desde la gran depresión.

Caritas Europa, *The impact of the european crisis. A study of de impact of de crisis an the austerity on people with a special focus on Greece, Ireland, Italy, Portugal and Spain*, disponible en www.caritas.eu/sites/default/files/caritascrisisreport_web.pdf.

⁹¹ Kumhof, Michael - Rancière, Romain, *La deuda apalanca la desigualdad*, disponible en www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2010/12/pdf/kumhof.pdf: "Restablecer una mayor igualdad entre ricos y pobres redistribuyendo el ingreso no sólo sería una satisfacción para los Robin Hood del mundo, sino que también ayudaría a salvar la economía mundial de otra crisis grave".

⁹² Oxfam, *Gobernar para las élites. Secuestro democrático y desigualdad económica*, informe n° 178, Londres, 20 de enero de 2014: "Dada la magnitud del incremento de la concentración de la riqueza, la monopolización de oportunidades y la inequidad en la representación política suponen una tendencia grave y preocupante. Por ejemplo: 1) Casi la mitad de la riqueza mundial está en manos de sólo el 1% de la población; 2) La riqueza del 1% de la población más rica del mundo asciende a 110 billones de dólares, una cifra 65 veces mayor que el total de la riqueza que posee la mitad más pobre de la población mundial; 3) La mitad más pobre de la población mundial posee la misma riqueza que las 85 personas más ricas del mundo; 4) Siete de cada diez personas viven en países donde la desigualdad económica ha aumentado en los últimos 30 años; 5) El 1% más rico de la población ha visto cómo se incrementaba su participación en la renta entre 1980 y 2012 en 24 de los 26 países de los que tenemos datos; 6) En Estados Unidos, el 1% más rico ha acumulado el 95% del crecimiento total posterior a la crisis desde 2009, mientras que el 90% más pobre de la población se ha empobrecido aún más. Esta masiva concentración de los recursos económicos en manos de unos pocos supone una gran amenaza para los sistemas políticos y económicos inclusivos. El poder económico y político está separando cada vez más a las personas, en lugar de hacer que avancen juntas, de modo que es inevitable que se intensifiquen las tensiones sociales y aumente el riesgo de ruptura social".

la influencia de los Estados Unidos, completándose así el cuadro para la canalización de recursos por vía de deuda externa, que pronto retornarían al lugar de origen mediante el procedimiento de fuga de capitales⁹³.

Pero el negocio financiero no se puede desarrollar sin una arquitectura jurídica que le otorgue sustentabilidad y herramientas de cobro compulsivo. Entonces, siguiendo la lógica del derecho mercantil conforme la cual los negocios impulsan la generación de instrumentos legales, se promueve un derecho nuevo y particular que procura establecer *ex ante* condiciones para otorgar garantías para el cobro judicial a los bancos acreedores respecto de las operaciones de alto riesgo. Es que al paso de la apertura indiscriminada de créditos a gobiernos dictatoriales a tasa variable en dólares estadounidenses, los acreedores debían lograr una cobertura para trascender las crisis económicas provocadas por la insustentabilidad de esas deudas externas, que claramente no tardarían en llegar.

Y, como no podía ser de otra manera, el nuevo derecho aplicable a las deudas soberanas replica la relación de poder existente a esa fecha, es decir que nace y se desarrolla en base a la visión y el interés único de los acreedores. Tan desproporcionada y abusiva era la relación de fuerzas entre los acreedores, patrocinados por Estados Unidos e Inglaterra, y los países deudores latinoamericanos gobernados por dictaduras adictas y sustentadas políticamente desde el norte, que no se necesitó de ningún estatuto especial sino que alcanzó con que se fijó la competencia de los tribunales de la plaza financiera, para perfeccionar un derecho de base contractual, en interés de los bancos.

Así entonces el marco jurídico para las deudas soberanas muestra el triunfo de la *nueva lex mercatoria* como fuente del derecho internacional. El imperio financiero no tiene ejércitos de ocupación sino que se vale de reglas para establecer y consolidar su conquista. Y de esta arquitectura jurídica la piedra filosofal es la caída de la inmunidad jurisdiccional soberana, que da paso al proceso de mercantilización del Estado y al reinado del contrato como norma fundamental.

a. Inmunidad de jurisdicción

Tributario directo del principio de soberanía es el de inmunidad del Estado que se expresa en la máxima *los iguales no tienen jurisdicción el uno sobre el otro*.

⁹³ Stiglitz, Joseph, *Los descontentos con la globalización: cómo arreglar lo que no funciona*, "Revista de Occidente", Madrid, jul.-ago. 2003, p. 95 a 97. "Hoy la cantinela general dice que por prudencia los países tienen que mantener unas reservas equivalentes a la deuda externa de corto plazo... Pero imaginemos que somos un país africano pobre y que una empresa del país recibe un préstamo de 100 millones de dólares de un banco estadounidense, por el que tiene que pagar un interés entre el 18 y el 20% (que es lo normal hoy en día) ¿Qué tiene que hacer entonces el gobierno? Pues tendrá que poner 100 millones de dólares en sus reservas. Cien millones de dólares que se podrían gastar en construir escuelas, hospitales, o en atender a otras muchas necesidades perentorias. Y ahora preguntémosnos: ¿Cuál es la forma más común de reserva en la mayoría de los países? La mayoría de los países tiene sus reservas en pagarés del Tesoro de Estados Unidos. ¿Y qué significa que un país africano pobre tenga pagarés del Tesoro de Estados Unidos? Pues que le está prestando dinero al gobierno de Estados Unidos, a los Estados Unidos. ¿Y qué interés recibe a cambio? Recibe un 4%. Así es fácil entender ahora por qué el Tesoro estadounidense mostró tanto entusiasmo por la liberalización de los mercados de capitales".

La “inmunidad” es en definitiva un derecho que tiene alguien frente a otro que no puede ejercer su poder, y que en la relación entre los Estados se presenta bajo dos modalidades: la inmunidad de jurisdicción, en razón de la cual un Estado no puede ser sometido a juicio en los tribunales de otro Estado, y el de inmunidad de ejecución, conforme el cual un Estado o sus tribunales se encuentra inhibido de disponer o ejecutar los bienes de otro.

La doctrina acerca del tema reconoce dos posturas que se definen como de inmunidad absoluta por oposición al otro de la inmunidad restringida o relativa, las cuales se imponen en momentos históricos diferentes. La doctrina de la inmunidad absoluta viene de la mano de la consolidación de los Estados nacionales, entre los que se tejen relaciones diplomáticas pero nunca de subordinación judicial. Reflejo de ello es la jurisprudencia que sobre la materia aparece ya en los tribunales norteamericanos a principios del siglo XIX: “La jurisdicción de una nación en su territorio es exclusiva y absoluta. No es susceptible de ninguna limitación que no fuese impuesta por ella misma. Cualquier restricción que conlleve invalidación desde una fuente externa implicaría una disminución de su soberanía” (*The Schooner Exchange v. McFaddon* 11 U.S. 116, 1812). Tal criterio era coherente con lo expresado en la 11ª Enmienda a la Constitución de Estados Unidos, que otorgaba inmunidad jurisdiccional a cada Estado frente a cualquier otro Estado de la unión o del extranjero⁹⁴.

Del mismo modo, en el Reino Unido los fallos dictados en los asuntos *The Parlement Belge*, de 1880, y *The Porto Alexandre*, de 1920, sentaron precedentes de inmunidad absoluta del Estado extranjero al declararse incompetentes para dirimir cuestiones atinentes a buques de propiedad de otros países aún en el caso que desempeñaran actividades mercantiles. Igual principio se sostuvo en el caso “*Berizzi Brothers C. v. S.S. Pesaro*”, dirimido en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 1925, asimilando la inmunidad de buques de guerra a los buques mercantiles de propiedad de un Estado⁹⁵.

Pero esta doctrina comienza a erosionarse al promediar el siglo XX. El citado *obiter dictum* encuentra contrapartida en otros fallos dictados en distintas jurisdicciones: “la función del Estado consiste en gobernar, ejercer la autoridad legislativa, judicial y administrativa, perdiendo la dignidad e igualdad de un soberano si desciende al plano comercial” (Cour de Cassation, 5/2/46, “*Procurateur général près de la Cour de Cassation c/Vestwig et autres*”, Rec. Sirey, 1947, I, 139)⁹⁶. Esta idea se difunde y consolida a favor de proteger el interés de las personas físicas o jurídicas de las potencias centrales cuando realizan negocios mercantiles con Estados extranjeros, y se formaliza con el desdoblamiento de la personalidad de los Estados en tanto act-

⁹⁴ La 11ª Enmienda se ratificó en febrero de 1795: “El Poder Judicial de los Estados Unidos no debe interpretarse que se extiende a cualquier litigio de derecho estricto o de equidad que se inicie o prosiga contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otro Estado o por ciudadanos o súbditos de cualquier Estado extranjero”.

⁹⁵ Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 13ª ed., 2002, p. 264 y 265. “Cuando un gobierno adquiere, dota de tripulación y gestiona buques dedicados al transporte comercial, con la finalidad de fomentar los intercambios comerciales de su población o de conseguir ingresos para la hacienda pública, dichos buques gozan de inmunidad del mismo modo que pueda serlo un buque de guerra. No consta que internacionalmente se considere que la conservación y el progreso del bienestar económico de un pueblo en tiempo de paz sea una finalidad pública de menor importancia que el mantenimiento y adiestramiento de una fuerza naval”.

⁹⁶ Díez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional público*, p. 265.

úen en su calidad de tales (actos *iure imperi*) o bien realicen actos de administración o gestión en las condiciones que lo haría una persona o entidad privada (actos *iure gestionis*). De acuerdo a esta regla el Estado es inmune a la jurisdicción de otro sólo en el caso que los actos que se cuestionen fueran calificados como del propio imperio, mientras que por los actos de gestión comercial los Estados pueden ser juzgados por tribunales extranjeros.

Sin embargo la situación planteada por la actividad dual del Estado no encuentra una pacífica interpretación desde el momento que las categorías de imperio o soberanía y gestión son calificativos de difícil deslinde. Así se advierte que las soluciones pueden ser distintas si se atiende a la naturaleza del acto (compra, transporte, alquiler, etc.) o la finalidad pública o privada del contrato⁹⁷. Desde la perspectiva de la finalidad del acto se consolida el principio de inmunidad jurisdicción porque la participación de un Estado implica una motivación pública en primera o en última instancia aún cuando el contrato pueda ser calificado como mercantil; mientras que si se tiene en cuenta sólo la naturaleza abstracta del acto la actuación de un Estado como parte ha de resultar indiferente, consolidándose la doctrina de la inmunidad restringida.

Pero la discusión quedará en gran medida saldada a favor del principio de inmunidad relativa a partir del dictado de normas específicas que se difunden en el derecho comparado. Las más trascendentes, por sus efectos en materia de deuda pública internacional, se dictan en los Estados Unidos y el Reino Unido, *Foreign Sovereign Immunities Act* (1976) y *State Immunity Act* (1978), respectivamente. Nuestro país adhiere a esta tendencia mediante la ley 24.488 de 1995. En el ámbito internacional se aprueba en 2004 la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, cuya vigencia se encuentra pendiente por falta de ratificaciones suficientes. Según esta norma internacional quedará consagrada la inmunidad restringida de los Estados en los siguientes términos: “Todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción” (art. 5) salvo que hubiera consentido expresamente la competencia del tribunal extranjero en relación con esa cuestión o asunto: a) por acuerdo internacional; b) en un contrato escrito; o c) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita en un proceso determinado” (art. 7) o bien por consentimiento mediante la intervención en el proceso (art. 8), o cuanto la jurisdicción extranjera emerge de “una transacción mercantil con una persona natural o jurídica extranjera” en tanto “de las normas aplicables de derecho internacional privado los litigios relativos a esa transacción mercantil corresponden a la jurisdicción de un tribunal de otro Estado” (art. 10).

A medida que el derecho internacional reconoce esta visión restringida de la inmunidad jurisdiccional de los Estados se debilita el atributo de soberanía. Los Estados pasan a ser sujetos de derecho privado quedando despojado de su independencia frente al Estado que se atribuye el derecho de juzgarlo. Al tiempo de esta descomposición de la soberanía se diluye el control de constitucionalidad de los ac-

⁹⁷ Díez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional público*, p. 267 refiere al caso de un contrato de alquiler contratado por la Oficina de Turismo de España, decidido en primera instancia por la competencia del tribunal por tratarse de un contrato privado, fallo revocado en instancia de apelación por entenderse que el alquiler era un acto realizado en interés de un servicio público de naturaleza administrativa, sentencia que a su vez es revocada por decisión del Tribunal Superior ateniéndose a la naturaleza privada del acto para negar la inmunidad.

tos del Estado demandado porque su derecho interno deja de ser fuente formal para quedar relegado por el derecho del foro extranjero y los términos del contrato.

La inmunidad relativa de los Estados es entonces la herramienta jurídica que cambia la fisonomía del endeudamiento soberano. Sus efectos impactan en las finanzas globales y marcan un hito que permiten caracterizar el antes y el después. Si hasta la década del setenta el endeudamiento de los países y los problemas que planteaba la insolvencia de los deudores era una cuestión del derecho interno de estas naciones o bien se trataba de un litigio de derecho internacional que se debatía en una corte o tribunal arbitral internacional, a partir de la década del ochenta la incumbencia para la resolución de conflictos será la jurisdicción de preferencia del acreedor, como una cuestión de derecho local extranjero.

Así se produce el desplazamiento del conflicto del ámbito del derecho público internacional en el seno de la comunidad de naciones, al del derecho privado bajo el auspicio de las jurisdicciones extranjeras. Se impone la visión pro mercado a favor del acreedor y del cumplimiento literal e irrestricto de los contratos, con total indiferencia de la situación económico-financiera y del derecho interno de país deudor, en el marco de una jurisprudencia de forjada en los tribunales locales de los países exportadores de capital que no ocultan la preocupación por la elegibilidad de la jurisdicción como plaza financiera frente a cualquier otro análisis basado en la justicia y equidad en el caso concreto.

b. El contrato sobre la ley

La doctrina acerca de la naturaleza jurídica del empréstito público expone distintos puntos de vista. A principios del siglo XX la visión mayoritaria incluía al empréstito público –en todas sus variantes– en la categoría de acto de Estado, lo cual resultaba coherente con el reconocimiento universal de la inmunidad absoluta de jurisdicción de que gozaban los Estados. Desde esta perspectiva se consideraba implícito el derecho del Estado a administrar el pago de su deuda, aún afectando los términos de su obligación original (Drago, 1902), desconociéndose toda posibilidad de someter a juicio al Estado por causa del pasivo financiero en mérito que el acto de imperio constituye una *cuestión política no justiciable* que el prestamista, cesionario o adquirente de deuda pública conoce y por lo tanto asume como un riesgo propio de la operación.

Pero esta posición pierde fuerza al tiempo que avanza y se consolida la limitación de la inmunidad soberana, dando paso a la doctrina que entiende al empréstito público como un contrato, el cual nace como oferta con la emisión por parte del Estado –en el caso de la modalidad más difundida– y se perfecciona con la adquisición de los títulos por el prestamista. Esta posición, actualmente mayoritaria, admite matices en tanto se lo considere un contrato de naturaleza privado, tal la visión de la jurisprudencia norteamericana (“República Argentina c/Weltover Inc.”, 1992), o un contrato administrativo, visión que emerge de la última jurisprudencia de nuestra Corte sobre la materia (“Galli c/Poder Ejecutivo Nacional”, 2005). Desde una visión teórica ambas tesis contractualistas no difieren en sus efectos ya que la *potestas variandi* que podría ejercer el Estado, como facultad propia cuando existen prestaciones recíprocas pendientes y guardando de mantener la ecuación económico-financiera

del contrato, no podría aplicarse al caso del empréstito toda vez que el único que mantendría pendiente su prestación sería el mismo Estado.

Sin embargo, aún admitiendo la naturaleza contractual del empréstito público la cuestión central es determinar el efecto jurídico frente a la imposibilidad sobreviniente del cumplimiento de la prestación a cargo del Estado. Siendo que hablamos de un contrato donde uno de los contratantes cumplió al inicio su prestación y el otro la tiene que cumplir al cabo de un plazo, el tema a resolver es si al deudor le es materialmente posible honrar su obligación. En el derecho privado existen ordenamientos que prevén los pasos a seguir en caso de insolvencia, pero ninguno está previsto en el derecho público interno o internacional que establezca un procedimiento para encausar la insolvencia del Estado. Entonces la discusión acerca de la naturaleza del acto que da lugar al endeudamiento público termina siendo meramente teórica porque la cuestión crítica no es dirimir la categoría del acto en su origen sino la situación posterior al acto, en caso que se verifique la insolvencia del Estado⁹⁸.

En un ordenamiento jurídico de base constitucional como el nuestro, la potestad y el modo de formación de las leyes dimanan de la misma Carta Magna, de modo que en ningún caso puede admitirse limitación al dictado de leyes referente a materia alguna con fundamento en la afectación de los términos de un contrato en el que el Estado es parte, toda vez que ello implicaría inhibir una atribución constitucional sin seguir el procedimiento previsto para su reforma. De ello debe deducirse que sin perjuicio de que el acto del empréstito fuera considerado un contrato de naturaleza privada (*iure gestionis*) o administrativa, la normativa de emergencia económica dictada por un Estado es un acto de imperio (*iure imperii*) cuyo alcance, legitimidad y vigencia no puede estar limitado por ningún contrato ni sometido al análisis en jurisdicción extranjera. Esta posición es la que dimana de nuestra Corte Suprema (“Brunnicardi”, “Galli” y “Claren Corporation”), la Corte de Casación Italiana (“Borri”) y la Audiencia de Madrid (“Pérez Celis”), que más adelante analizaremos.

Pero si de lo que se trata es de analizar las condiciones jurídicas que favorecen el endeudamiento soberano y decimos que quien pone las condiciones del préstamo es el prestamista, habremos de concluir que muy otra es la visión que se impone y que favorece el interés del acreedor. En efecto, con la habilitación para demandar a los Estados en la jurisdicción de Nueva York, a partir del dictado de la *Foreign Sovereign Act* de 1976, se desarrolla una jurisprudencia conforme la cual el contrato de préstamo y el mismo Estado deudor como sujeto del contrato, se integran al ordenamiento jurídico norteamericano quedando inmunizados de cualquier acto o norma posterior que el mismo Estado deudor dicte en cuanto se relacione con el empréstito público. A partir del *leading case* “Allied Bank c/Banco de Cartago” (1985), que desarrollaremos en el siguiente capítulo, se impone la doctrina conforme la cual, en

⁹⁸ Piaggio, Lucas A., *Naturaleza jurídica del empréstito público e incidencias en su régimen de ejecución*, Bs. As., Rap, 2009, p. 221 y 222, luego de analizar “las discrepancias doctrinarias y jurisprudenciales existentes en torno a la naturaleza jurídica del empréstito” señala que se trata de una “discusión bizantina, habida cuenta de las similares conclusiones a las que se arriban según se adopte una u otra postura”. La posición del autor es que el empréstito público es un contrato administrativo “que engendra verdaderas obligaciones jurídicas a cargo de la persona pública deudora, a cuyo cumplimiento puede en principio ser legalmente compelida”, no obstante también señalar que “la presunción de solvencia estatal admite pruebas en contrario, y en tal sentido existen numerosos precedentes nacionales y extranjeros de incumplimientos y reestructuraciones de deuda pública financiera”.

la medida que el ordenamiento jurídico interno norteamericano no admita el concursamiento, reestructuración de deuda u otra modalidad de saneamiento de la insolvencia aplicable a los Estados nacionales, las normas dictadas por los países deudores bajo cualquier circunstancia que fuera no afectan la ejecutabilidad de los contratos de deuda pactados bajo ley norteamericana y jurisdicción de Nueva York.

Conociendo entonces la jurisprudencia de la plaza neoyorquina –que se consolida con la confirmación de la competencia para entender en pleitos sobre deuda extranjera con el fallo “República Argentina c/Weltover Inc.” (1992) de la Corte norteamericana– el sistema financiero logra la máxima cobertura porque la mayor potencia económica, política y militar del mundo, garantiza que el ordenamiento jurídico de los Estados deudores no prevalecerán sobre la literalidad de los contratos. De este modo la restricción a la inmunidad de jurisdicción de los Estados se transforma en plena inmunidad de los contratos, los cuales se colocan *de facto* en la cúspide de la pirámide jurídica, relegando a la propia constitución del país y las leyes dictadas en su consecuencia.

c. Interpretación literal del contrato

Considerando entonces la naturaleza jurídica contractual del empréstito público habríamos de suponer que rigen los institutos propios de la teoría general del contrato. Sin embargo a poco que analicemos la cuestión advertiremos que el Estado carece de defensas que podría invocar otro contratante privado, vale decir que no se coloca en un pie de igualdad en la relación contractual sino que ingresa a la misma despojado de los derechos que le asistirían a cualquier otro sujeto. Como otro efecto del sometimiento a la jurisdicción extranjera se elimina el análisis del derecho interno en cuanto a la capacidad de los gobiernos para representar al Estado, tanto como cualquier otra consideración relacionada con crisis estructurales que llevaron a una contratación ruinosa o las circunstancias sobrevinientes que la transformaron en tal.

La locución *ultra vires* en el contexto jurídico refiere a los actos realizados en exceso de la capacidad de un ente o bien de las atribuciones o poderes de sus representantes. Cuando se alude a la doctrina *ultra vires* se pone particular énfasis en aquella asentada en fallos de la justicia británica⁹⁹ conforme la cual se limitaba la imputación de actos a una corporación en tanto los mismos fueran extraños al objeto social para el cual fue autorizado a actuar como persona jurídica o en caso que las autoridades que intervinieron en el acto en representación de la entidad carecieran de facultades suficientes para comprometer su patrimonio. Desde esta perspectiva un contrato que disponga obligaciones en cabeza de un ente encuentra restricciones que pueden ser opuestas como defensa en ocasión de su reclamo por la otra parte, toda vez que el contratante para ser reputado de buena fe debe verificar la situación jurídica en las que la otra parte se obliga, ello así en resguardo del patrimonio de un

⁹⁹ Moglia Claps, Guillermo, *Ultra vires, objeto social y capacidad de la sociedad*, en “Derecho Societario Argentino e Iberoamericano”, t. I, Bs. As., Ad-hoc, 1995, p. 539 a 551. Explica este autor que desde el *leading case* “Ashbury Railway Carriage & Iron Company Ltd. v. Riche”, dictado en 1875, hasta la incorporación del Reino Unido como miembro de la Unión Europea, la jurisprudencia de los tribunales británicos sostuvieron la nulidad de cláusulas contractuales *ultra vires*, es decir que comprometían a la sociedad más allá del objeto por el que la misma fue autorizada a funcionar, en protección del interés de los mismos socios u otros acreedores ajenos a ese negocio.

tercero tal y como debe reputarse el mismo ente en la medida que sus representantes actúen en exceso de sus atribuciones para comprometerlo. De otro modo bastaría la connivencia de los representantes para perpetrar actos fraudulentos en perjuicio del patrimonio de la entidad, o aún con manifiesta lesión subjetiva en casos de concreción de negocios ruines perfeccionados –por ejemplo– en el marco de una situación de emergencia económica.

Esta doctrina entendida tanto por regla, cuando tengamos que los representantes sólo obligan al ente en los términos específicos del objeto para el cual fue creado y conforme atribuciones precisas, o por excepción, en caso que consideremos amplia la capacidad del ente y sus administradores salvo por los actos “notoriamente extraños al objeto social”¹⁰⁰, impone principios que podrían en revisión el endeudamiento público de las naciones. Pero lejos de ello, los agentes financieros y los gobiernos de las naciones ignoran todo límite del régimen jurídico interno de las naciones y conciertan negocios comprometiendo la hacienda pública más allá de toda atribución legal.

En este sentido resulta ilustrativo observar como se incrementó la deuda pública argentina, particularmente en tiempos de períodos militares, sin ninguna intervención del Congreso nacional en clara violación del art. 75, inc. 4 de la Carta Magna; o bien como se emitieron bonos con cláusulas de prórrogas de competencia judicial a favor de tribunales extranjeros, cuando el art. 116 de la Constitución expresamente dispone que la Corte Suprema de Justicia Nacional y sus tribunales inferiores son quienes entienden en la causas en que la nación fuera parte. Ambas situaciones son evidentes muestras de actuación *ultra vires* de los representantes del país en razón que no contaban con atribuciones suficientes para obligar a la nación ni para fijar disposiciones que alteran el estatuto fundacional, so pena de aceptar que mediante la firma de un contrato por quien detente el Poder Ejecutivo se pueda modificar la Constitución nacional.

La legitimación ilimitada de hecho de los gobiernos para el endeudamiento público, coloca a los Estados en situación no sólo de sujetos mercantiles sino en sujetos mercantiles devaluados, merced a que en estas condiciones resultan entes que carecen de defensas fundadas en el exceso de las facultades de sus fiduciarios, tal y como sí se les reconocen a los sujetos mercantiles privados, cuando las mismas dimanar de restricciones previstas en su propio estatuto.

Por cierto que si no se reconocen defensas fundadas en el exceso de las facultades de los representantes del Estado deudor, menos se tendrá en cuenta las condiciones subjetivas bajo las cuales el Estado deudor asumió sus compromisos o bien la onerosidad sobreviniente del contrato. La referencia tiene que ver con institutos jurídicos propios de la teoría del contrato, como son la lesión subjetiva y la imprevisión. El primero se verifica cuando en un contrato una de las partes obtiene un beneficio desproporcionado aprovechando la situación de necesidad de la otra. Mientras que la llamada teoría de la imprevisión contemplaría el caso en que por un hecho extraordinario ajeno a los contratantes se torna excesivamente onerosa la prestación de una de las partes. Pero aunque rápidamente podríamos citar situaciones de contratos de deuda soberana que califiquen bajo los institutos mencionados, tal el caso del megacanje 2001 de deuda argentina donde en situación de ruina financiera se

¹⁰⁰ Ley 19.550, art. 58.

pactaron intereses de hasta el 15% anual –para ejemplificar una situación donde se manifiesta lesión subjetiva–, o la triplicación de intereses en los préstamos a tasa variable a principios de la década del ochenta –como supuesto en que el contrato se torna desproporcionadamente oneroso por circunstancia aún ajenas al deudor–, no encontraremos ningún antecedente en que se hubiera contemplado reajustes de los contratos de crédito fundados en estas causas.

Esto demuestra que tras del respeto a la literalidad del contrato se esconde un marco jurídico que inhibe toda defensa del Estado deudor y otorga plenas atribuciones a los gobernantes para endeudar internacionalmente a la nación a cualquier precio bajo toda circunstancia jurídica y fáctica. Resulta paradójico que el constitucionalismo decimonónico se fundara en un principio de división de poderes para evitar que persona alguna pudiera invocar la suma del poder público colocando en el centro de organización jurídica el límite de las potestades de los gobernantes, y luego advertir que tales límites desaparecen cuando se trata de asumir obligaciones financieras para cuyo caso regirá la plena suma del poder público de los gobernantes como garantía irrestricta de los derechos de propiedad de los acreedores externos.

d. La inmortalidad del Estado mercantil

La consagración del principio de la inmunidad restringida determinó la *mercantilización* de los Estados nacionales. Con la globalización de las relaciones económicas a partir de las últimas décadas del siglo XX el sujeto Estado no es más que otra persona jurídica que puede ser llevada a juicio ante los tribunales de otro Estado o de arbitraje privado, lo cual determina la devaluación del propio ordenamiento jurídico del país deudor en tanto no tendrá necesariamente que ser tenido en cuenta para la solución de la crisis de su propia deuda.

Así, paralelamente al crecimiento de la autonomía de la nueva clase mercantil global, los Estados nacionales, divididos territorialmente conforme la antigua pauta westfaliana, van progresivamente no sólo perdiendo capacidad regulatoria y de supervisión de la actividad económica, sino también limitando el reconocimiento mutuo de soberanía, para que los agentes del mercado financiero puedan elegir la jurisdicción que más convenga a sus intereses en las relaciones económicas con los Estados. Primero el poder económico busca abstraerse de las potestades estatales promoviendo la autorregulación de los mercados y el arbitraje como método de resolución de conflictos mercantiles, y luego va –y logra– el reconocimiento de una regulación contractual que incluye el pacto sobre la jurisdicción competente, como un nuevo derecho positivo supranacional conforme el cual la soberanía estatal no resulta un principio inalienable sino que pasa a ser un atributo disponible que *voluntariamente* cualquier gobierno puede ceder para meramente lograr el acceso al crédito internacional.

Con la consagración del contrato como norma fundamental del derecho internacional se materializa con ropaje jurídico la situación imperial articulada a partir de los instrumentos de deuda, porque el Estado deudor ya no es soberano sino que se encuentra sometido a un poder superior que se atribuye la facultad de juzgarlo en defensa de los intereses del sistema financiero transnacional. Pero eso no es todo porque el Estado se transforma en sujeto mercantil para obligarse pero sigue siendo

un sujeto público potencialmente inmortal para el cumplimiento de sus compromisos. De esta forma queda definido un cuadro de condiciones jurídicas para el sobreendeudamiento de las naciones, que procura establecer las garantías más absolutas desde el plano objetivo porque el título jurídico es literal, abstracto y ejecutable en jurisdicción del acreedor, y subjetivo, ya que los derechos del acreedor no se agotan hasta el pago sin que lo afecte ninguna situación jurídica o de crisis económica por más evidente que fuera y afecte al Estado al momento de contratar la deuda o en el de su cancelación.

Esta plataforma jurídica desafía la regla básica del capitalismo conforme la cual el deudor puede caer en insolvencia, creando una nueva categoría de obligaciones, una categoría *sui generis* en la que sólo entran las deudas financieras de los Estados porque son las únicas en cabeza de un sujeto que contrata como cualquier corporación o persona bajo el derecho privado pero que por su naturaleza quedan exentas del riesgo de la quiebra deudor. Como sucede en las obligaciones reales donde el derecho del acreedor se transmite *propter rem* al titular de la cosa, en el caso de las deudas soberanas las obligaciones nacidas de la deuda pública externa se transmiten de generación en generación a los nuevos titulares de los derechos de ciudadanía. Con este enfoque, la inmortalidad del Estado termina siendo un atributo que se transforma en una garantía patrimonial potencialmente imperecedera para los acreedores.

e. Ejecución de sentencias contra el Estado deudor

La inmunidad de jurisdicción esta unida a la inmunidad de ejecución de las sentencias sobre bienes de un Estado por obra de otro. Sin embargo la evolución de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación en torno del creciente reconocimiento de la inmunidad restringida de los Estados se da en la posibilidad de juzgamiento pero no del mismo modo respecto de la potestad de ejecución de los bienes.

La cláusula de compromiso arbitral o de disposición de jurisdicción judicial y el avance del reconocimiento de que el Estado desdobra su personalidad al actuar como ente de carácter privado (actos *iure gestionis*) o público (actos *iure imperi*), tanto como el establecimiento de normas generales de inmunidad relativa, han permitido que jueces locales se arroguen la facultad de enjuiciar a Estados extranjeros. Pero cuando se trata de afectar bienes, tanto sea en forma preventiva (embargo) o para el cumplimiento de una sentencia condenatoria, las facultades de los jueces extranjeros encuentran los límites propios del alcance de su jurisdicción, vale decir que sus atribuciones se encuentran limitadas a los bienes existentes en el país del foro.

Esta situación en apariencia tendería a otorgar al Estado deudor mayores prerrogativas para la protección de su patrimonio, pero la otra cara de la moneda es que se establece un horizonte de inseguridad jurídica que puede afectar el desenvolvimiento del comercio internacional del Estado y sus relaciones diplomáticas, en razón que la actualidad del derecho internacional no aporta ninguna regla que autorice la afectación de bienes pero tampoco que ponga límites al libre voluntarismo judicial.

En nuestra jurisprudencia la cuestión ha sido tratada en un fallo docente dictado por la Corte Suprema el 6 de octubre de 1999, en la causa "Blasson, B. L. c/Embajada de la Rep. Eslovaca". Se decidió que la inmunidad de jurisdicción difería

de la inmunidad de ejecución –contrariamente a lo dictaminado por el procurador general quien aludía a un paralelismo que los tornaba análogos en la práctica–, y que sólo la primera estaba expresamente prevista en la ley 24.488, no pudiendo considerarse la extensión por analogía porque la materia es de restrictiva interpretación. Para así concluir la Corte invocó fallos dictados en jurisdicciones extranjeras (Estados Unidos, Alemania, España, Italia, Suiza, Gran Bretaña), en todos los cuales se aceptaba la jurisdicción para el encausamiento del país extranjero pero se limitaba la disposición de los bienes¹⁰¹.

La casuística internacional citada como fundamento por este fallo del tribunal cimero resume y explica la dificultad de plantear límites generales y abstractos acerca de la disposición de bienes de un Estado por los tribunales de otro. La cuestión traduce un acto de fuerza que necesariamente trae asociado un conflicto entre naciones soberanas. La resistencia de los Estados en admitir cesiones de soberanía de esta naturaleza, se pone de manifiesto en la falta de suficientes ratificaciones para la entrada en vigencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2004), en cuyo articulado se intentan prever las situaciones en que resultarían admisibles actos de coerción sobre los bienes de un Estado condenado por un tribunal extranjero¹⁰².

¹⁰¹ CS, fallo: “Que a la luz de la práctica actual seguida por los Estados no es posible afirmar la existencia de un riguroso paralelismo entre la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución como norma de derecho internacional general, pues no hay prueba de práctica uniforme ni convicción jurídica de su obligatoriedad. En tal sentido, la Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados de 1972 dispone: ‘No se aplicarán medidas de embargo ni medida preventiva alguna a las propiedades de un Estado contratante situadas en el territorio de otro Estado contratante, excepto en el caso de que dicho Estado hubiere otorgado consentimiento expreso por escrito en cada caso particular y en la medida en que así lo hiciera’ (art. 23). En el mismo orden de ideas, la State Act de Gran Bretaña de 1978 establece una prohibición general respecto de las medidas Inmunidad ejecutorias contra bienes de un Estado extranjero dispuestas en un procedimiento judicial [sección 13 (2) (b)] y a continuación hace una excepción a la regla al permitir que tales medidas respecto de bienes utilizados con fines comerciales [art. 13 (4)]. Sin embargo, la aplicabilidad de esta norma queda restringida en la sección 13 (5), en virtud de la cual, el jefe de la misión diplomática extranjera o la persona que provisoriamente cumpla esas funciones debe expresar el consentimiento escrito y declarar que el bien que se pretende ejecutar no es de naturaleza comercial. Tal expresión está sujeta a prueba en contrario. La Foreign Sovereign Inmunity Act de los Estados Unidos de 1976, reconoce la posibilidad de ejecutar aquellos bienes de un Estado extranjero que sean utilizados para actividades comerciales, pero establece dos condiciones conjuntas para su aplicación: a) que el Estado haya renunciado de manera explícita o implícita a la inmunidad de ejecución; b) que los bienes de naturaleza comercial sobre los que se pretende la ejecución estén destinados a la misma actividad que dio origen al litigio [§ 1610 (a)]. Igual línea de pensamiento sigue el proyecto elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas que establece que no podrán adoptarse medidas coercitivas sino cuando el Estado haya consentido ese tipo de medida por acuerdo internacional, por convenio arbitral o contrato escrito, o por una declaración ante el tribunal; cuando el Estado haya designado o afectado bienes para la satisfacción de la demanda objeto del proceso cuando los bienes sean utilizados o estén destinados a ser utilizados para fines que no sean un servicio público no comercial, se encuentren en el territorio del Estado del foro y tengan relación con el objeto de la demanda. Aclara expresamente que el consentimiento al ejercicio de la jurisdicción no implica el consentimiento a la posibilidad de adoptar medidas ejecutorias para las cuales será necesario el consentimiento separado (parte IV, cap. II, art. 18, labor realizada en el 43 período de sesiones de la Asamblea General, 29 de abril al 19 de julio de 1991”.

¹⁰² Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes: “Parte IV Inmunidad del Estado respecto de las medidas coercitivas adoptadas en rela-

Pero aún cuando se pueda considerar admisible la ejecución singular de bienes de un Estado en jurisdicción extranjera en conflictos también singulares, tales como los que se pudieran suscitar con relación a demandas individuales por contratos de compraventa, laborales o bien reclamos extracontractuales por daños y perjuicios, lo cierto es que la situación no puede asimilarse al de las ejecuciones colectivas relacionadas con el pasivo financiero de los Estados. En el primer caso el Estado se enfrenta a un diferendo puntual en donde se tiene que dirimir el reconocimiento de un derecho, sobre la base de hechos y pruebas en el marco de un proceso bilateral. En cambio cuando hablamos del pasivo financiero del Estado, y en especial el constituido a partir de la titularización de deuda, la cuestión central no es el caso puntual y su reconocimiento en juicio, sino la legitimidad de la deuda y el marco de insolvencia general en que el Estado deudor se encuentre. Para su análisis el molde del procedimiento del conflicto individual mercantil resulta inaplicable porque el Estado deudor no puede negociar o resolver una situación de insolvencia o de legitimidad de deuda discriminando cada título o acreedor, con dispersión jurisdiccional en sedes extranjeras y el agravante de comprometer su patrimonio sin límite cierto. El estado de indefinición respecto del alcance de las atribuciones de los jueces extranjeros para ejecutar las sentencias contra el Estado deudor, coloca a este último bajo extrema vulnerabilidad emergente de la diáspora de jurisdicciones potenciales en las cuales los acreedores podrán intentar el cumplimiento de una eventual condena, multiplicándose así la posibilidad de mantenerse sometido al criterio de jueces territorial y temporalmente lejanos a los sucesos que dieron lugar a la crisis económica.

En suma, la problemática que plantea la ejecución de deuda soberana no supera hasta la actualidad una fase casuística de incertidumbre e inseguridad jurídica, cuyo análisis no puede ser más que descriptivo sobre la base de ejemplos con el alcance de precedente aislado en tiempo y espacio, los cuales no resultan suficientes para inferir una teoría general que sirva de estándar y cobertura al Estado deudor.

ción con un proceso ante un tribunal. Art. 18. Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas anteriores al fallo. No podrán adoptarse contra bienes de un Estado, en relación con un proceso ante un tribunal de otro Estado, medidas coercitivas anteriores al fallo como el embargo y la ejecución, sino en los casos y dentro de los límites siguientes: a) cuando el Estado haya consentido expresamente en la adopción de tales medidas, en los términos indicados: 1) por acuerdo internacional; 2) por un acuerdo de arbitraje en un contrato escrito; o 3) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita después de haber surgido una controversia entre las partes; o b) cuando el Estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso. Art. 19. Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas posteriores al fallo. No podrán adoptarse contra bienes de un Estado, en relación con un proceso ante un tribunal de otro Estado, medidas coercitivas posteriores al fallo como el embargo y la ejecución, sino en los casos y dentro de los límites siguientes: a) cuando el Estado haya consentido expresamente en la adopción de tales medidas, en los términos indicados: 1) por acuerdo internacional; 2) por un acuerdo de arbitraje o en un contrato escrito; o 3) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita después de haber surgido una controversia entre las partes; o b) cuando el Estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso; o c) cuando se ha determinado que los bienes se utilizan específicamente o se destinan a su utilización por el Estado para fines distintos de los fines oficiales no comerciales y que se encuentran en el territorio del Estado del foro, si bien únicamente podrán tomarse medidas coercitivas posteriores al fallo contra bienes que tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso. Art. 20. Efecto del consentimiento a la jurisdicción sobre las medidas coercitivas. Cuando se requiera el consentimiento para la adopción de medidas coercitivas de conformidad con los arts. 18 y 19, el consentimiento para el ejercicio de jurisdicción en virtud del art. 7 no implicará consentimiento para adoptar medidas coercitivas”.

f. Afectación de activos al pago de la deuda pública

Tan complejo como el análisis de las facultades del juez extranjero en la ejecución de deudas soberanas es el de la afectación de los bienes al pago del pasivo estatal. Pareciera que también aquí la frontera se traza a partir del criterio expuesto para el desdoblamiento de la personalidad del Estado, es decir que cuando se entienda que los bienes están afectados a su actividad privada integran la garantía patrimonial para los acreedores, mientras que habría otra categoría que formaría un inmunizado erario público propiamente dicho.

Este espíritu es el que informa la Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunidades, en cuyo art. 21 se relata un listado de bienes excluidos de la regla general de la comercialidad del activo estatal, vale decir que desde este punto de vista la inmunidad de los bienes estatales se define por excepción a la regla de su afectación a la actividad privada y prenda de garantía común de los acreedores¹⁰³. Pero más allá de la Convención en trámite de ratificación para su entrada en vigencia, no existe otra definición con alcance general que sirva de guía para conocer el patrimonio de afectación con destino a la ejecución de deudas soberanas en cesación de pagos, y tampoco se cuenta con un repertorio de jurisprudencia que permita un mínimo grado de abstracción.

Al respecto el reciente caso del embargo preventivo dispuesto por un juez de la República de Ghana sobre la fragata Aras Libertad de la Armada Argentina, liberada al cabo de dos meses y luego de la intervención del Tribunal Internacional del Derecho del Mar¹⁰⁴, ejemplifica la dispersión y amplitud de criterio sobre la materia y el sometimiento de los Estados al yugo de la inseguridad jurídica emergente. Otro tanto cabría apuntar respecto del embargo de fondos de la cuenta del Banco de la Nación Argentina, ordenado por un juez de primera instancia de la jurisdicción de la ciudad de Nueva York¹⁰⁵, recién levantado luego de la intervención del tribunal de alzada. O bien el embargo sobre fondos de un Agencia Científica del Estado argentino confir-

¹⁰³ Convención “Art. 21. Clases especiales de bienes: 1) No se considerarán bienes utilizados o destinados a ser utilizados específicamente por el Estado para fines que no sean un servicio público no comercial conforme a lo dispuesto en el ap. c del art. 19: a) los bienes, incluida cualquier cuenta bancaria, que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en el desempeño de las funciones de la misión diplomática del Estado o de sus oficinas consulares, sus misiones especiales, sus misiones ante organizaciones internacionales o sus delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales; b) los bienes de carácter militar o los que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en el desempeño de funciones militares; c) los bienes del Banco Central o de otra autoridad monetaria del Estado; d) los bienes que formen parte del patrimonio cultural del Estado, o parte de sus archivos, y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta; e) los bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta. 2) Lo dispuesto en el párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el art. 18 y en los apdos. a y b del art. 19”.

¹⁰⁴ Cañardo, Hernando V., *El otorgamiento de medidas provisionales en el caso Fragata “ARA Libertad”*, El Dial.com, 27/12/12.

¹⁰⁵ *Otro embargo contra las cuentas del Banco Nación en EEUU*, “Clarín”, supl. iEco, 24/10/10, cita: “Por pedido de los abogados de los demandantes minoristas en New York representados en las sentencias de *class action* (acciones conjuntas) que comprenden a todos aquellos bonistas ausentes que no han presentado una demanda individual, jubilados y ahorristas (de Argentina, Italia, Estados Unidos, y Suiza), la justicia de New York ha ordenado un embargo sobre todos los activos públicos y privados del Banco de la Nación Argentina por considerarlo un alter ego de la República”, informó la Asociación de Ahorristas de la República Argentina (APAD).

mado por la Suprema Corte de Estados Unidos¹⁰⁶. A los que podemos agregar la situación de incertidumbre que pesa sobre la embargabilidad de dinero depositado en pago a los acreedores que ingresaron al canje de deuda Argentina de 2005, por parte de los disidentes (*free riders*) minoritarios que exigen el cobro nominal del título de deuda.

La referencia no puede ser más que meramente enunciativa porque la problemática se encuentra en pleno desarrollo sin una base normativa que sirva para comprender la cuestión y brindar un mínimo de previsibilidad jurídica, situación que se muestra coherente –al decir de Bauman¹⁰⁷– con lo es un signo de la actualidad de un conocimiento humano determinado por hechos, experimentos o mera base empírica sin contención, encuadre o guía teórica y axiológica. Así es que la ambigüedad del concepto de inmunidad soberana *relativa* tiñe de incertidumbre todo lo referente a los derechos patrimoniales del Estado, tanto sea en el sometimiento a la competencia judicial y medidas coercitivas dictadas por tribunales extranjeros, cuanto a la calificación de sus bienes y las prerrogativas o privilegios sobre éstos.

La reflexión en este sentido no hace más que robustecer la idea de que el criterio expuesto sobre la inmortalidad del Estado como garantía extraordinaria para los acreedores, unido a la competencia de jurisdicción extranjera y la observancia literal de los contratos, es el arma más perfecta con la que cuenta el sistema financiero para imponerse, toda vez que el marco jurídico así definido no apunta el cobro efectivo de las deudas mediante la ejecución de bienes sino que habilita a mecanismos distorsivos de interferencia en el gobierno de su política económica y social.

¹⁰⁶ Otro embargo al país en EEUU, “La Nación”, 2/10/12. “Es una cifra pequeña. Pero lo significativo del paso que ayer dio la Suprema Corte de Justicia norteamericana es que habilita a los llamados ‘fondos buitres’ a cobrar dinero de la Argentina. Es la segunda vez que lo hace en lo que va del año, y el giro empieza a ser mirado con atención tanto en el gobierno como entre quienes siguen el abanico de causas judiciales que la Argentina aún tiene pendientes en tribunales estadounidenses. Al cierre de esta edición, sin embargo, una fuente del gobierno argentino aseguró a La Nación que la cuestión ‘no representa’ una preocupación seria de cara a la dura batalla judicial que se libra con acreedores de bonos en default. ‘Esta decisión judicial no tiene mayor valor como precedente para otros casos, pues solamente confirmó un embargo sobre la cuenta bancaria de la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica’, corroboró, a su vez, el embajador Jorge Argüello. El monto afectado es de 3,2 millones de dólares que la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica (Anpcyt) tiene depositados en una cuenta del Banco Nación en la ciudad de Nueva York. La cuenta fue detectada por los fondos EM Ltd. –del millonario Kenneth Dart– y NML Capital, dependiente de Elliot Management, que pidieron su embargo al juez Thomas Griesa, de Nueva York, en cuyo juzgado se concentran varias causas contra la Argentina. Hace tres años, en septiembre de 2009, la Corte de Nueva York confirmó el fallo, pero, en su desesperado intento por frenarlo, la Argentina apeló ante la máxima instancia judicial, la Suprema Corte de los Estados Unidos”.

¹⁰⁷ Bauman, *Esto no es un diario*, p. 14: “Recuerdo también la advertencia que lanzara Einstein, cuando comentó que, aunque una teoría puede ser demostrada, en principio, mediante experimentos, no hay senda que nos conduzca directamente de los experimentos al nacimiento de una teoría. Esto bien lo sabía Einstein. Lo que nunca se figuró (ni podía haberse figurado) fue el advenimiento de un mundo –y de un modo de vivir-en-el-mundo– compuesto únicamente de experimentos, sin teoría alguna con la que concebirlos ni orientación fiable sobre cómo ponerlos en marcha, cómo continuar con ellos y cómo evaluar sus resultados”.

3. Análisis de riesgo de crédito público

La arquitectura jurídica que favorece el sobreendeudamiento de los países se muestra entonces completamente asimétrica. Las reglas generales se aplican de manera sesgada sólo en la medida que favorecen los intereses del sistema financiero: el Estado es un sujeto mercantil para contratar pero no para encausar su crisis, el empréstito público no es un acto de soberanía sino un contrato pero al Estado no le asisten las defensas que dimanen de la misma teoría del contrato.

Este marco jurídico distorsivo es la base para el desarrollo y consolidación de otro factor distorsivo mediante el cual se concreta el ejercicio del poder tecnocrático por parte del sistema financiero: el análisis del riesgo crediticio de los países deudores. Si para la fijación de las condiciones jurídicas encontramos un consenso explícito o implícito de parte de los gobiernos de los Estados, la particularidad de esta condición económica es que el Estado termina siendo un mero sujeto pasivo que se somete al juicio del mercado a través de calificaciones emitidas por agentes financieros privados cuya actuación aparece legitimada en base a la aceptación por los demás operadores financieros¹⁰⁸.

Este análisis de riesgo se comienza a divulgar a partir de la década del noventa (post Plan Brady) para calificar a los Estados llamados “emergentes”, como una manera de unificar el criterio de aceptación de tasa de interés por el mercado respecto de las emisiones de bonos de deuda de esos países. En la práctica, el análisis crediticio del Estado emisor o riesgo país, se simplificó mediante la elaboración de un índice creado por la firma financiera JP Morgan Chase, denominado con la sigla inglesa EMBI (Emerging Markets Bond Index), que se toma como indicador del grado de probabilidad respecto de que el país bajo análisis no cumpliera en los términos acordados con el pago de su deuda, ya sea al capital o sus intereses, y que consiste en la diferencia de tasa de interés que pagan los bonos de otros países en comparación con los emitidos por el Tesoro de Estados Unidos, que se consideran “libres” de riesgo. Este diferencial se expresa en puntos básicos, significando la medida de 100 puntos básico que el Estado emisor en cuestión estaría pagando un punto porcentual (1%) por encima del rendimiento de los bonos norteamericanos. De esta forma los bonos más riesgosos pagan un interés más alto, por lo tanto el diferencial de estos bonos respecto a los bonos del Tesoro de Estados Unidos es mayor. Esto implica que el mayor rendimiento que tiene un bono riesgoso es la compensación por existir una probabilidad de incumplimiento. Este índice se completa con las notas

¹⁰⁸ De los calificadores de riesgo hay tres que concentran más del 90% del mercado: Standard & Poor's y Moody's, el 40% cada una y Fitch Ratings, el 15%. La primera es un pertenece a la corporación McGraw-Hill, y cuenta como accionistas al Barclays Bank. En la segunda el principal accionista es el fondo de inversión norteamericano Berkshire Hathaway, administrado por Warren Buffet, a su vez accionista mayoritario del Banco de Inversión Goldman Sachs. La tercera pertenece a la firma francesa Fimalac, cuyo principal accionista, Marc Ladreit de Lacharriere, es a su vez director de Renault, L'Oreal y Casino (*Calificadoras: armas de peso en la disputa financiera internacional*, “El Argentino”, 15/2/12). Al respecto José Sarney, ex presidente del Brasil, en una columna del diario “El País” de Madrid, el 17 de abril de 2012, destaca el poder concentrado y arbitrario que ejercen estas agencias: “Ese poder de influencia sigue atormentando al mercado, agravado por el hecho de que se concentran sobre todo en las manos de tres empresas: Standard & Poors, Moody's y Fitch. Eso ocurre en razón de que se ha vuelto, desde 1975, las únicas empresas habilitadas por el organismo regulador de las bolsas norteamericanas que califican el riesgo en EEUU”.

emitidas por las firmas calificadoras de riesgo, encargadas también de dictaminar acerca de la probabilidad de cese de pagos futuro de los deudores.

Y este factor es también distorsivo porque las calificaciones de riesgo de firmas vinculadas al sector financiero privado se basan esencialmente en la posibilidad de que los Estados incumplan sus pagos, y en mérito de ello se fijan las tasas de interés por el capital prestado, pero en la práctica no existe ninguna previsión o mecanismo de carácter jurídico que contemple tal situación, lo cual implica que los Estados pagan el costo anticipado del riesgo de su propio *default* en intereses a los prestamistas, pero no cuentan con un sistema protectorio en caso que ocurra el acontecimiento que justifique la calificación de “país riesgoso”. La cuestión plantea una clara paradoja conforme la cual los Estados deudores contratan un pseudoseguro sin ninguna cobertura ni económica ni jurídica, lo cual implica que las condiciones jurídicas y económicas del endeudamiento soberano constituyen una contratación claramente leonina en tanto sólo prevén beneficios, garantías y seguridades para el prestamista.

4. Crédito abusivo y riesgo moral

Las observaciones de los puntos previos conducen al tema de la responsabilidad de los dadores de crédito en el sobreendeudamiento soberano. Si el otorgamiento de créditos y la fijación de la tasa de interés están condicionados a la supervisión y alineamiento de las naciones a políticas públicas pro-mercado, el fracaso económico de los países deudores y su consecuente caída en cesación de pagos debiera detonar acciones de responsabilidad para los gestores del crédito, tanto de parte de las instituciones financieras y sus funcionarios, cuanto de los gobiernos de los Estados, a favor de proteger a consumidores minoristas de esos créditos y a los ciudadanos víctima de las consecuencias económicas de los préstamos abusivos en los países deudores.

Es que tanto los funcionarios de las instituciones financieras cuanto los de los gobiernos de los Estados deudores son administradores fiduciarios de fondos de terceros –ahorristas y ciudadanos–, que se benefician en el acto de concretar las operaciones crediticias sin asumir riesgos a título personal. De un lado los agentes financieros cobran comisiones y contabilizan activos que repercutirán en sus remuneraciones, mientras que los funcionarios de gobierno lograrán postergar la crisis económica, evitando los costos políticos del estallido social durante su gestión, a un precio seguramente desproporcionado que pesará sobre las generaciones venideras de ciudadanos del Estado.

Tal relación simbiótica pone al sobreendeudamiento soberano bajo riesgo moral, concepto que en la definición de Krugman y Wells¹⁰⁹ es económico y describe aquellas situaciones en las que un individuo tiene información privada acerca de las consecuencias de sus propias acciones y sin embargo son otras personas las que soportan las consecuencias de los riesgos asumidos, así es que el riesgo moral nos informa como los sujetos asumen en sus decisiones mayores riesgos cuando las posibles consecuencias negativas de sus actos no son asumidos por ellos, sino por

¹⁰⁹ Krugman, Paul R. - Wells, Robin, *Introducción a la economía: Microeconomía*, Barcelona, Reverté, p. 449.

un tercero, situación que claramente se da en el endeudamiento del Estado porque los operadores financieros y los miembros del gobiernos no se sienten expuestos por las consecuencias de sus actos, de modo que nada los induce a actuar en forma diligente aún contando con toda la información sobre la crisis económica del deudor que se verá incrementada por concesión de los mismos créditos.

Con el ya citado proceso megacanje de deuda argentina del 2001, a resultas del cual el país se comprometería con una deuda nueva potenciada al 15% anual al solo fin de pagar vencimientos de intereses y atrasar otros cuya tasa era sensiblemente inferior, sirve de buen ejemplo donde el beneficio para los funcionarios de gobierno era postergar el estallido social –aunque en el caso sólo se logró una demora de pocos meses– mientras que los agentes financieros obtenían desmesuradas ganancias mediante el cobro de comisiones por la colocación de los bonos transfiriendo en muchos casos los riesgos a ahorristas minoristas desprevenidos¹¹⁰. Con esta perspectiva el concepto de *riesgo moral* toma otra dimensión, ya que al aspecto económico, consistente en el abuso del crédito favorecido por la intervención del Fondo Monetario Internacional como prestamista de última instancia, se le suma la perspectiva de la responsabilidad por daños en que incurrían los agentes que perfeccionaban el negocio en caso de fraude o mala praxis profesional.

Desde ambos aspectos de lo que se trata es de advertir sobre los estímulos que promueven conductas ordenadas a sobreendeudar a los Estados. El aspecto económico es el que más frecuentemente se ha analizado en las últimas décadas, tal y como lo caracteriza Rogoff desde un artículo publicado en la página web del Fondo Monetario Internacional, donde advierte sobre el hecho del endeudamiento soberano potenciado por el rol del propio FMI como prestamista de última instancia que termina siendo una verdadera póliza de seguros a favor de los acreedores¹¹¹. Pero es sin duda el aspecto jurídico centrado en la indefensión del Estado deudor y de impunidad civil y penal de los gestores de las operaciones de crédito, lo que fomenta la proliferación de conductas de administración infiel de los funcionarios de gobierno y operadores financieros¹¹², con lo cual el llamado riesgo moral aplicado al crédito soberano se completa con una doble dimensión económica y jurídica.

¹¹⁰ *Argentina didn't fall on its own*, "Washingtonpost.com", 3/8/01 (citado por Conesa, Eduardo, *Argentina: Como convivir con el default*, supl. esp. La Ley, nov. 2003): "Las firmas vendedoras de bonos de Argentina se llevaron casi 1000 millones de dólares en comisiones por vender y recomendar bonos de la Argentina en la década de 1991-2000. Estas firmas de comisionistas fueron las que generaron los más optimistas e influyentes informes sobre el país. Similares conflictos de interés salieron a la luz en algunos casos como los de la Enron Corporation y World Com Inc. En el caso de Argentina, sin embargo, los perjuicios no fueron solamente para un grupo de tenedores de títulos, sino para todo el segundo país más grande de Sudamérica".

¹¹¹ Rogoff, Kenneth, *El Fondo Monetario contraataca*, disponible en www.imf.org/external/np/vc/2003/021003s.htm: "Como la reestructuración de la deuda frente a acreedores privados es relativamente infrecuente, a muchos críticos les preocupa, con razón, la posibilidad de que el financiamiento del FMI sea, en muchos casos, una póliza de seguros general para los prestamistas privados. Además, cuando los acreedores privados creen que el FMI acudirá en su ayuda con una operación de rescate financiero, tienen razones para prestar más y a tasas de interés más bajas de lo que sería conveniente. Por otra parte, ese argumento seductor hace que el país deudor se endeude en exceso, lo que se traduce en crisis más frecuentes y graves, exactamente como las que el FMI fue diseñado para aliviar".

¹¹² Bauman, *Esto no es un diario*, p. 33 y 34. "El 'sistema', sea lo que sea lo que signifique tal palabra en un escenario tan profundamente desregulado, se ha vuelto si acaso más arriesgado todav-

5. El paradigma del endeudamiento soberano

Las reflexiones de este capítulo apuntan a la descripción de un orden global que favorece y estimula el endeudamiento público, como el fruto de un paradigma histórico que inicia por la deslegitimación del Estado como regulador económico y creador de instituciones jurídicas de bienestar social y se consolida con el desarrollo de un marco jurídico donde es el mismo Estado como consumidor financiero el que se transforma en un sujeto de derecho privado y queda regido por el ordenamiento con pretensiones de universal como el de la *nueva lex mercatoria*. Se cristaliza así un cuadro de situación sustentado con un fundamento ideológico a partir del cual se coloca a las leyes del mercado como norma básica de la globalización económica.

Pero este ordenamiento tiene una distorsión genética porque no prevé ninguna respuesta o solución para la insolvencia del soberano como deudor, lo cual en definitiva contradice y desafía las mismas leyes del mercado. De esta forma el paradigma ideológico que alienta el endeudamiento ilimitado de los países funciona como un sistema jurídico de base contractual sólo aparente ya que es sistemático en la fase de toma del crédito y cumplimiento voluntario, pero se torna incierto cuando se trata de dar cauce de derecho al incumplimiento de pagos por motivo de emergencia económica, cuestión que abre paso al análisis de la solución en especie de los conflictos con este origen.

Capítulo V

UN SIGLO DE CRISIS DE DEUDA PÚBLICA

Decíamos que en el otorgamiento del empréstito público aparecen involucrados el Estado deudor y el agente financiero acreedor, pero ante cualquier controversia no existe un tribunal o juez natural que actúe como tercero imparcial para dirimirlo, y sobre todo que tenga atribuciones legítimas para ejecutar sus fallos. Esta problemática remite a la cuestión ya planteada en cuanto a los alcances de un derecho internacional que no logra consolidarse por carecer de instituciones aptas para la promoción de valores universales, con lo cual lejos se está de conseguir consenso para reconocer legitimidad en soluciones supranacionales que afecten e incluyan a todos los Estados por igual. A falta de un ordenamiento jurídico general el estudio de la insolvencia soberana como materia conduce al análisis de casos particulares, desde cuya óptica se puede caracterizar distintas etapas históricas.

Desde principios del siglo XX hasta la Segunda Guerra Mundial no existían dudas acerca de la inmunidad de jurisdicción de los Estados, entonces, a partir del re-

ía. Los inversores prestan dinero al sector financiero en condiciones muy favorables. Las instituciones financieras utilizan, a su vez, ese dinero barato para conceder préstamos y realizar operaciones de elevado riesgo. Los bancos se quedan con las ganancias cuando sus apuestas salen bien, pero son los contribuyentes quienes absorben las pérdidas cuando esas jugadas son perdedoras y ponen en peligro el sistema. Los banqueros tienen incluso un término especial para referirse a esa táctica, YMHl: para cuando las apuestas salgan perdedoras, yo 'ya me habré ido' (cobrando una jugosa prima, por supuesto, y recibiendo una pensión no ya dorada, sino 'de platino', a la altura del más lujoso de los retiros)".

conocimiento mundial de la ilegitimidad de invasión del país deudor, el debate se instaló en torno de encontrar un árbitro o corte imparcial al que se sometieran voluntariamente las partes. La segunda posguerra trae un nuevo mapa geopolítico que influye en la metodología con que se resuelve la crisis financiera de los Estados, dando paso a una nueva etapa donde el centro de la escena es un sindicato de acreedores que negocia con el país deudor, en el marco de relaciones diplomáticas. Hacia fines de los años setenta con la restricción de la inmunidad jurisdiccional de los Estados ocurre el punto de inflexión que lleva a la definición de los conflictos emergentes de los empréstitos soberanos internacionales a tribunales estatales extranjeros respecto del país deudor. A partir de aquí aparece el predominio de la jurisprudencia de los tribunales de Nueva York, que identificaremos como la tercera etapa. Y finalmente, ya en el siglo XXI surgen algunos fallos, particularmente en jurisdicción italiana y nacional, que permiten una nueva interpretación en tanto el incumplimiento de pago de deuda pública se diera en el marco de la emergencia económica o estado de necesidad del Estado deudor.

En términos generales, frente a un primer momento, que incluye las dos primeras etapas, donde la tesis pasaba por la búsqueda de soluciones de matriz internacional, se evolucionó hacia una antítesis privatística a partir de la cual el problema se intenta reducir a la decisión de jueces de distrito en jurisdicción de países exportadores de capital, para finalmente encontrar una síntesis en algunos fallos de otras jurisdicciones con el reconocimiento de la situación de emergencia económica como factor determinante para la eximición de responsabilidad internacional del país deudor por incumplimiento en los pagos y el establecimiento de un régimen jurídico de orden público que incluya y afecte los derechos de los acreedores financieros.

En este punto aparece una diferencia esencial entre la antigua y la nueva *lex mercatoria*, porque los gestores de aquella fueron los propios tribunales mercantiles mientras que en la actual la influencia del poder económico reconoce en última instancia el límite de los tribunales estatales.

1. Deuda soberana y derecho internacional público

Siguiendo la mencionada clasificación, la primera etapa comienza cuando se instala en la comunidad internacional el dilema –aún vigente– de cómo resolver la cuestión de deuda pública respetando la soberanía del país deudor. Los casos son aislados y heterogéneos, no obstante tienen la riqueza de dejar planteadas cuestiones que hacen al centro de la problemática desde la perspectiva de reconocer la esencia pública y necesaria del Estado, y en función de ello ir tras la búsqueda de soluciones de derecho internacional.

a. Doctrina Drago

El asunto que primero moviliza el tratamiento jurídico internacional de la materia lo constituye la cesación de pagos de la deuda de Venezuela de 1902, cuando el vencedor de la guerra civil, Cipriano Castro, asume el poder y en medio de la crisis económica declara que cualquier reclamo patrimonial contra el país será considera-

do cuestión de derecho interno (doctrina Calvo¹¹³), vale decir que todo reclamo debía ser revisado y ejecutado en instancia nacional lo cual en la práctica derivó en la suspensión de pagos a empresas europeas por títulos o contratos suscriptos por el gobierno anterior depuesto. A resultas de ello Alemania e Inglaterra resuelven bloquear las costas venezolanas a partir del 9 de diciembre de 1902. A esta iniciativa se une Italia el 12 de diciembre y, poco después, Francia, Holanda, Bélgica, Estados Unidos, España y México, presentan sus reclamos para que sean considerados junto con los de los países agresores. Frente a las presiones el gobierno de Castro cede a las demandas comprometiéndose a la cancelación progresiva de la deuda en los términos de los Protocolos de Washington suscriptos el 13 de febrero de 1903.

Pero en el ínterin de estos sucesos, y a raíz de la postura de la cancillería argentina, emerge la doctrina conocida como “doctrina Drago” que postula como ilegítimo el cobro por la fuerza de las deudas en detrimento de la soberanía, estabilidad y dignidad de los Estados deudores. Esta doctrina constituye un hito porque es la primera voz que fija un límite a la ejecución de empréstitos soberanos y porque nace de una declaración imparcial ya que Argentina no era deudora ni acreedora en el conflicto.

La declaración esta contenida en la carta fechada el 29 de diciembre de 1902 que el canciller argentino Luis María Drago le envía al embajador en los Estados Unidos, Martín García Merou, para ser presentada ante el Departamento de Estado de ese país en pos de promover una postura común en el continente contra cualquier agresión armada de potencias europeas. El texto resulta esclarecer: “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

¹¹³ Tamburini, Francesco, *Historia y destino de la “doctrina Calvo” ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento?*, “Revista de Estudios Histórico-Jurídicos”, n° 24, Valparaíso, 2002, remite a la obra de Carlos Calvo, *Derecho internacional teórico y práctico*, Bs. As., 1868: “En esta obra expone los principios básicos de su doctrina, tomando como fundamentos los principios de la soberanía nacional, la igualdad entre ciudadanos nacionales y extranjeros, y la jurisdicción territorial. Según él: 1) los Estados soberanos gozan del derecho de estar libres de cualquier forma de interferencia (*ingérence d’aucune sorte*) por parte de otros Estados; 2) los extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales y, en caso de pleitos o reclamaciones, tendrán la obligación de acabar todos los recursos legales ante los tribunales locales sin pedir la protección e intervención diplomática de su país de origen. Estos dos puntos básicos empujaron a algunos juristas a negar cualquier forma de responsabilidad directa por parte del Estado por daños o menoscabos sufridos por ciudadanos extranjeros durante sublevaciones o guerras civiles. Esta interpretación muy amplia de la doctrina Calvo procede del hecho de que no existe una parte de sus obras en que el jurista argentino declare de una forma directa su susodicho pensamiento; su doctrina se forma de manera indirecta, a través de una lectura general de sus afirmaciones, que tienen que ser consideradas en su conjunto general. Es más, hay autores que opinan que la esencia de la filosofía de Calvo radica en el intercambio epistolar entre él y otro jurista argentino prócer de la independencia sudamericana frente a la intervención extranjera, Luis María Drago”.

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 demandas 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 a 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 represión o subordinación de los gobiernos locales en los países a que se extiende”¹¹⁴.

La declaración no tuvo peso para decidir la controversia planteada por los sucesos de Venezuela de 1902, ni tampoco constituyó un éxito diplomático, en razón que la respuesta norteamericana desvinculó la doctrina Monroe de la propuesta del canciller Drago, en el marco de lo que se conocerá como corolario Roosevelt, conforme el cual los Estados Unidos no veían obstáculo a la acción de un Estado para obligar a otro al pago de sus deudas al calificarla “como una intervención lícita, mientras ello no implique una adquisición territorial en América”¹¹⁵. Sin embargo, aquella

¹¹⁴ *La doctrina Drago*, colección de documentos, Londres, Imprenta de Wertheimer, Lea y Cía, 1908, p. 4 a 11.

¹¹⁵ Memorándum del secretario de Estado norteamericano John Hay al ministro argentino en Estados Unidos, Martín García Merou, referente a las instrucciones del señor ministro de relaciones exteriores del gobierno argentino, Luis María Drago, de 29 de diciembre de 1902, Departamento de Estado, Washington, 17 de febrero de 1903, cit. en República Argentina, Ministerio de Relaciones Exteriores, y Culto, Memoria de Relaciones Exteriores y Culto presentada al Congreso Nacional correspondiente al año 1902-1903, anexo I, p. 11 y 12: “Sin expresar asentimiento ni disentimiento con las doctrinas hábilmente expuestas en la nota del ministro argentino de Relaciones Exteriores, de fecha 29 de diciembre 1902, la posición general del gobierno de los Estados Unidos en este asunto está indicada en recientes mensajes del presidente (Roosevelt). El presidente declaró en su mensaje al Congreso de 3 de diciembre de 1901, que por la doctrina Monroe ‘no garantizamos a ningún Estado contra la represión que pueda acarrearle su conducta, con tal que esa represión no asuma la forma de adquisición de territorio por ningún poder no americano’. En armonía con el anterior lenguaje, el presidente anunció en su mensaje de 2 de diciembre de 1902: ‘Ninguna nación independiente de América debe abrigar el más mínimo temor de una agresión de parte de los Estados Unidos. Corresponde que cada una de ellas mantenga el orden dentro de sus fronteras, y cumpla sus justas obligaciones con los extranjeros. Hecho esto, pueden descansar en la seguridad de que, fuertes o débiles, nada tienen que temer de intervenciones externas’. Abogando y adhiriendo en la práctica en las cuestiones que le conciernen, al resorte del arbitraje internacional para el arreglo de las controversias que no pueden ajustarse por el tratamiento ordenado de las negociaciones diplomáticas, el gobierno de los Estados Unidos vería siempre con satisfacción que las cuestiones sobre la justicia de los reclamos de un Estado contra otro que surjan de agravios individuales o de obligaciones nacionales, lo mismo que las garantías para la ejecución de cualquier laudo que se dicte, sean equilibradas a la decisión de un tribunal de árbitros imparciales, ante el cual las naciones litigantes, las débiles lo mismo que las fuertes, pueden comparecer como iguales, al amparo del derecho internacional y los deberes recíprocos”.

simple nota diplomática trascenderá el caso puntual para instalarse como doctrina, fijando las bases para la consolidación como principio universal de derecho internacional conforme el cual *es ilícito invadir países para el cobro compulsivo de deudas*.

b. Conferencia de La Haya de 1907

La relevancia del debate promovido a partir de la doctrina Drago se ve reflejado en la Conferencia de Paz de La Haya de 1907, en la cual la delegación de Estados Unidos propuso una versión moderada de aquélla, postulando que la renuncia al uso de la fuerza para obtener el pago de la deuda estaba condicionada a la aceptación de una solución arbitral por la nación deudora.

Si bien la propuesta logró aprobación, pasando a ser el artículo primero de la Declaración firmada en la Conferencia, once naciones formularon observaciones; entre las cuales la delegación argentina dejó planteadas dos: “1) En lo que respecta a 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. 2) 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”. De esta forma la postura argentina admitía en la primera observación el mecanismo del arbitraje internacional como un mecanismo de última instancia en tanto se demuestre la inexistencia de una solución de derecho interno de la nación deudora, respetando así los postulados de la doctrina Calvo¹¹⁶, mientras que, en la segunda observación, diferenciaba los contratos de empréstito público por su particular naturaleza de emisión y por el efecto general en el desenvolvimiento económico del Estado.

Pero además de este significativo avance institucional en el límite a las agresiones de los países deudores y en la búsqueda de soluciones de carácter internacional a las crisis económicas de los Estados, lo que es interesante destacar son los discursos que particularmente expresaron Horace Porter y Luis María Drago, quienes respectivamente encabezaron las delegaciones de los Estados Unidos y Argentina. Aunque desde ópticas distintas –Porter lo hace desde el Estado que apoya la acción del acreedor mientras que Drago se compromete con la visión de la nación deudora– coinciden en varios tópicos que bien vale repasar no sólo por el interés histórico sino porque constituyen argumentos de viva actualidad¹¹⁷.

Un primer tema en el que ambos ponentes coinciden es que debe descartarse de la práctica internacional la agresión militar por incumplimientos de compromisos económicos por parte del Estado. En tal sentido rescatamos del discurso de Porter: “La prisión por deudas que se aplicaba a los particulares ha acabado por ser mirada como ilógica, cruel e ineficaz, y ha sido generalmente abolida. La práctica análoga, empleada por las naciones contra un Estado deudor debería ser igualmente abandonada”. Igualmente categórico Drago señaló: “No puede haber guerra legítima cuando no existe un grave ataque, que afecte o pueda afectar los intereses vitales,

¹¹⁶ Calvo, Carlos, *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, t. I, París, Amyot Librairie Diplomatique, 1868, Cap 2, § 89, p. 173 a 187.

¹¹⁷ *La doctrina Drago*, colección de documentos, p. 89 a 110.

el honor o el desenvolvimiento legítimo de un Estado. Se justifica en el orden privado, el homicidio cometido en caso de legítima defensa, pero eso no impide castigar, en la defensa misma, todo acto que se extralimite de lo que es estrictamente necesario para salvar la vida de la persona objeto de agresión. Por la misma razón, la guerra no se justifica en ausencia de causas capaces de poner en peligro de afectar de una manera profunda los destinos de una nación, y, entre esas causas, jamás podrá colocarse la falta de pago de una deuda a sus tenedores eventuales”.

Esta posición conjunta promovió eficazmente a favor de los Estados nacionales el reconocimiento de derechos básicos que los ordenamientos jurídicos locales reconocen a las personas. El argumento bien puede entenderse como la construcción de un derecho internacional a imagen y semejanza de los principios de un derecho más evolucionado como lo es el derecho local, que traído a la actualidad llevaría no sólo a la ilegitimidad de la agresión por deudas sino también al reconocimiento del derecho a la reestructuración compulsiva de pasivos en casos de crisis económica general.

Pero las ponencias de Drago y Porter no se quedaron en la defensa del país deudor sino también advirtieron sobre los peligros de distorsión del mercado de crédito cuando el Estado del acreedor se involucra en el cobro compulsivo de deudas especulativas. Al respecto Porter puntualizó: “El caso que se presenta más frecuentemente es el de un capitalista o de un especulador que, privando a su país de sus servicios o de su dinero, va a correr aventuras en el extranjero, con el único objeto de aumentar su fortuna particular. Si gana millones, no compartirá su beneficio con su gobierno; pero si pierde, llegará a pedirle que haga la guerra para asegurarle las sumas que pretende le son debidas y que frecuentemente son desmesuradamente exageradas. Las condiciones onerosas exigidas para el préstamo prueban que el prestamista se da cuenta de la importancia del riesgo que corre. Con bastante frecuencia compra a vil precio en el mercado los títulos de renta del Estado deudor y pide que le sean reembolsados a la par”. Mientras que Drago destacaba que “no hay que olvidar en las operaciones que nos ocupan los riesgos en que voluntariamente incurre el acreedor con la mira de realizar considerables ganancias” y cita “me parece que no sería muy exacto decir –exclamaba Sir Henry Campbell-Bannermann– que los grandes riesgos implicaban siempre grandes dividendos; pero más próximo de la verdad estaría el decir, invirtiendo los términos, que los grandes dividendos implican, por lo general, grandes riesgos”.

Ambos argumentos son plenamente aplicables al despropósito actual en donde el derecho internacional y sus instituciones se muestran impotentes frente a la especulación financiera de los fondos de alto riesgo, quienes habilitados por la jurisprudencia norteamericana de los ochenta se lanzan a la aventura de comprar títulos de deuda soberana en cesación de pagos a precio vil presionando luego a las naciones deudoras por el valor nominal del préstamo. Bueno es aclarar que ahora el mecanismo no es la invasión armada del Estado del acreedor sino la actuación de sus tribunales, lo cual lo hace menos cruento para el país deudor a la vez que una significativa mejora para el costo fiscal del país del acreedor, pero que más allá de toda sutileza de lo que siempre se trata es de la vulneración de la soberanía de un país para consagrar por encima del interés social el de quien pretende desproporcionadas rentas financieras.

Partiendo entonces de que el uso de la fuerza para el cobro de deudas soberanas conduce a la ruina del país deudor y provocan pérdidas en el país del acreedor, el argumento de los ponentes se centra en desalentar la especulación teniendo en cuenta la reserva de las prerrogativas de soberanía del país deudor que el acreedor debe conocer y respetar desde el mismo momento que concreta el negocio, lo que en otras palabras se traduce en un principio conforme el cual el acreedor asuma un nivel de riesgo semejante a su expectativa de ganancia.

Al respecto Drago postula “El empleo de la fuerza implicaría siempre la desproporción entre la represión y la ofensa, con los mismos peligros para las soberanías locales, con los mismos inconvenientes y perjuicios para las naciones neutras y con la misma protección excesiva respecto de los tenedores de títulos, cosmopolitas y cambiantes... Los métodos de violencia no harían sino aumentar las dificultades financieras del deudor, contribuyendo tal vez a su ruina total, mientras que la restricción cierta del crédito, la mala opinión que afectaría al Estado que no hiciera frente a sus compromisos, serían, en sí mismas, una sanción suficiente, una fuerza moral mucho más eficaz que la fuerza física, a favor de los acreedores”. Mientras que Porter afirmaba: “De la misma manera que el sostenimiento del prisionero se convertía en una carga para el Estado, y que su reclusión le impedía ganar con que pagar su deuda y aun proveer a las necesidades de su familia, de la misma manera el bloqueo de un puerto de una nación deudora, la destrucción de sus bienes por las escuadras enemigas, que interrumpen su comercio con el extranjero, la privan de las rentas que saca de su aduana, y pueden llegar aun a obligarla a hacer gastos para oponer la fuerza a la fuerza. Esto no sirve sino para disminuir los medios que podría tener de pagar sus deudas... El principio de no intervención por la fuerza sería un beneficio inestimable para todas las partes interesadas, desde luego para la nación cuyos nacionales sean acreedores de un gobierno extranjero, porque sería una advertencia para una clase de personas demasiado dispuestas a especular con las necesidades de un gobierno débil y embarazado, y que cuentan con el suyo para responder del éxito de sus operaciones”. Y agrega que “los Estados deudores encontrarían en ello una ventaja, porque se impediría que en adelante los prestamistas de dinero no tomaran en cuenta, para dar base a sus operaciones, sino la buena fe del gobierno, el crédito nacional, la justicia de los tribunales locales y la economía que se llevaría a la administración de los negocios públicos. Ello libertaría a estos Estados de las importunidades de los aventureros especuladores que los tientan con la oferta de grandes empréstitos, muchas veces preludio de extravagancias nacionales, y que al fin amenazan apoderarse de lo que les pertenece y violar su soberanía”.

Estos argumentos resultan premonitorios del *riesgo moral* en que claramente se enmarca el crédito internacional soberano, ya que advierte sobre la necesidad de remover los estímulos tanto para el prestamista cuanto para los gobiernos que conciertan operaciones financieras ruinosas. La cuestión en la que ambos ponentes coincidían era la de encontrar mecanismos donde los gobiernos de los Estados no mantengan disputas que en definitiva terminen por enriquecer a los financistas.

En tal sentido continúa Porter: “Sucede algunas veces que los nacionales de una potencia llegan a decidir a su gobierno a que envíe una flota para forzar a otro gobierno, por razón de una falta de pago de los intereses de obligaciones pertenecientes a ellos. El anuncio de tal medida causa un alza en los mercados. Estos nacionales se aprovechan de ello para vender sus obligaciones con un beneficio en

mercados extranjeros, de suerte que después de que la potencia reclamante ha hecho gastos y soportado barahúndas para obtener un pago, el beneficio va sobre todo a extranjeros”. Por su parte Drago dejaba dicho: “Los títulos de empréstitos al portador son objeto de transacciones muy activas en los mercados financieros del mundo, y pasan sin cesar de mano en mano sin ninguna inscripción ni otra formalidad que la de la simple entrega. Es imposible, pues, que un Estado, en el momento en que procede a una intervención armada, pueda tener seguridad de que la lleva a cabo en interés de sus propios súbditos. Lanza su reclamación en nombre de un grupo determinado de tenedores de títulos, pero estos títulos suben y se venden en gran número con la sola noticia de que la reclamación va a ser apoyada por una expedición militar”.

Tras coincidir en lo esencial, ambas posturas finalmente se diferencian respecto del alcance del arbitraje internacional como método de solución de conflictos aplicable al endeudamiento soberano. Por un lado la delegación norteamericana, en línea con los principios de la doctrina Calvo, reconoce primero que sólo en los propios tribunales se puede emplazar jurídicamente al país deudor; para así concluir se apoya en principios expuestos por los distintos gobiernos de los Estados Unidos a lo largo de su historia. Cita a Alexander Hamilton, Fish (secretario de Estado, en 1871), Bayard (secretario de Estado en 1885), Blaine (secretario de Estado en 1881). De este último recuerda que una persona “que celebra voluntariamente un contrato con el gobierno o con los nacionales de un país extranjero, cualesquiera que sean los agravios que pueda tener o las pérdidas que pueda experimentar por causa de este contrato, debe someterse, para repararlos, a las leyes del país a que pertenece el gobierno o los nacionales con los cuales ha contratado”. Pero finalmente mociona que sea el arbitraje internacional, con preferencia de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, el ámbito que, en consonancia con el corolario Theodore Roosevelt¹¹⁸, el ámbito que en definitiva funcione como disuasivo para la intervención armada: “La certidumbre de que todas las reclamaciones pecuniarias litigiosas serían sometidas a la apreciación de un tribunal imparcial, haría comprender a los grandes financistas, a los grandes empresarios, que esas reclamaciones serían arregladas con prontitud, sin perturbaciones graves para la administración de los negocios públicos del país, y sin que se vieran personalmente obligados a asumir la tarea de obtener de su propio gobierno que se encargara de cobrar sus créditos por la fuerza de las armas”. La postura de Drago pondera el arbitraje como método de solución de conflictos internacionales, pero se diferencia en dos aspectos de la propuesta de Porter: considera a los empréstitos públicos como actos de soberanía insusceptible de judicialización –tal y como la emisión de moneda– y rechaza la posibilidad de habilitar la instancia de coerción armada para la ejecución de cualquier laudo en

¹¹⁸ “Convencidos de que toda América latina era vulnerable a los ataques europeos, el presidente Roosevelt desempolvó la doctrina Monroe y añadió su propio corolario. Mientras que la doctrina Monroe bloqueó una mayor expansión de Europa en el hemisferio occidental, el corolario Roosevelt dio un paso más. En caso de que cualquier país de América latina participe en ‘fechorías crónicas’, una frase que incluía grandes deudas o disturbios civiles, los militares de Estados Unidos intervendrían. La primera oportunidad para hacer cumplir esta nueva política se produjo en 1905, cuando la República Dominicana estaba en peligro de invasión por parte de los cobradores de deudas europeas. Estados Unidos invadió la isla, se apoderó de sus aduanas, y gobernó la República Dominicana como un protectorado hasta que se estabilizara la situación” (US History, *El corolario Roosevelt y América latina*, disponible en www.ushistory.org/us/44e.asp).

contra del país deudor: “El arbitraje es siempre bienvenido. Representa un paso, y un paso muy considerable, en el camino de la justicia. Ninguna Nación que se respete podría rechazarlo... Pero las cosas cambian totalmente de aspecto cuando se trata de empréstitos. Hemos visto que esos empréstitos, como las emisiones de moneda y de papel fiduciario, son actos de soberanía y deben ser considerados como tales, antes y después del arbitraje. Es, por otra parte, sumamente difícil determinar, en cada caso, la situación financiera y la solvencia de un país deudor, sin penetrar en lo más profundo de su administración, que está estrechamente vinculada con lo que tiene de más íntimo la organización política y social de la nación. Puede entonces ocurrir que, a consecuencia de un error de apreciación cualquiera o de alguna imposibilidad de hecho impuesta por las circunstancias, casi siempre imprevistas y variables, la sentencia no llegare a cumplirse. ¿Se procedería entonces, como algunos proyectos lo indican y otros lo dejan entender, al cobro coercitivo por medio de la fuerza? Habríamos alejado el problema, lo habríamos retardado, pero estaríamos muy lejos de haberlo resuelto”.

Los argumentos citados resumen en gran medida las cuestiones vigentes al abordar la ejecución de las deudas soberanas. En breves líneas expresan con magistral claridad una problemática que se revelaba entonces mediante la intervención armada del país deudor y que ahora se muestra con la judicialización ante tribunales de locales de la plaza sede de los bancos acreedores, como la expresión de una globalización económica donde las disputas entre los Estados estimulan las aventuras especulativas del sector financiero.

En la práctica, la discusión y la conclusión en esta Conferencia logran consagrar la prohibición de invadir países por causa de deudas, pero la agenda para limitar la especulación financiera y en la misma medida proteger a los Estados en el ámbito de la comunidad internacional va a desarrollarse sólo hasta la década del cincuenta. A partir de la década del sesenta se iniciará el proceso que concluye con el perfeccionamiento de un marco jurídico que evita el costo de una invasión armada pero que termina siendo igualmente eficaz como herramienta que repite la misma lógica de principios del siglo XX, vale decir el enfrentamiento entre Estados y la subordinación de los más débiles para beneficio del poder financiero.

c. Arbitraje y Corte Internacional

Emergente de la Conferencia de Paz de 1907 es la conciencia de que la guerra no se puede justificar por impagos de deuda, pero también que debe encontrarse un mecanismo para la resolución de conflictos nacidos de reclamos patrimoniales contra los Estados. En esa búsqueda aparece primero el arbitraje internacional y luego la Corte Permanente de Justicia Internacional, constituida en 1921 al cabo de dos años de la creación de la Sociedad de las Naciones, cuya labor cesa en 1939. Ambos mecanismos están signados por la inestabilidad propia del período de entreguerras, circunstancia que ha marcado su escaso desarrollo. Pero aunque la jurisprudencia de este período es escasa, resulta ser la única que se puede catalogar en la historia de las deudas y las crisis económicas de los países como la que abrió el debate en el ámbito del derecho público internacional, de allí su valor y trascendencia, tanto así que esos fallos son materia de consideración y cita por parte de comisiones interna-

cionales y cortes estatales cuando procuran fundamentar sus decisiones en base a antecedentes sobre la materia.

El primero de los casos data de 1912 y refiere al reclamo del Imperio Ruso contra el Imperio Otomano. La cuestión de fondo se remonta a la guerra Ruso-Otomana (1877-1878), y las reparaciones pactadas en el armisticio. La crisis de deuda Otomana estalla a los pocos años y el gobierno crea una organización burocrática (administración de deuda pública otomana) destinada a la afectación de ingresos públicos para el pago, con participación de los acreedores. Al correr de los años el Imperio Ruso considera impagas ciertas indemnizaciones e intereses por un monto de diez millones de rublos. En el arbitraje se debaten diversas cuestiones, resolviéndose en lo sustancial por el rechazo de la pretensión en función de lo que consideró renuncia tácita al cobro por parte del acreedor.

Pero más allá de la solución que se da al asunto particular, lo más relevante fue la introducción de la defensa de fuerza mayor alegada por el deudor. El tribunal arbitral, si bien rechaza la excepción, aclara que la denegatoria no se da porque la defensa fuera improponible en el ámbito internacional sino porque en el caso no se advertía que el cumplimiento de la obligación pudiera derivar en un perjuicio tal para el deudor que lo pusiera en peligro como Estado. Según el tribunal “por poco que la responsabilidad exigida ponga en peligro la existencia del Estado, la situación constituiría un caso de fuerza mayor que podría ser invocada en derecho internacional público tanto como por un deudor privado”, pero evalúa que la suma reclamada era mínima en el marco general de la economía del Imperio Otomano, y concluye que “sería manifiestamente exagerado admitir que el pago de la suma relativamente mínima... pone en peligro la existencia del Imperio Otomano”¹¹⁹. Dejando de lado la cuestión de hecho y prueba del caso concreto, el valor del precedente se centra en la admisión conceptual de la defensa de fuerza mayor, porque instala en el derecho internacional la noción de la emergencia económica como eximente de responsabilidad por incumplimientos patrimoniales del Estado.

El debate se enriquece pocos años después con otra cuestión que también resulta vigente. Se trata del análisis de la imputabilidad de la deuda al Estado cuando se verifica la colusión fraudulenta del prestamista y el gobierno. El caso reconoce como antecedente la asunción de Federico Tinoco al frente del gobierno de Costa Rica en 1917, la contratación de préstamos con el Royal Bank of Canadá en 1919, la caída del gobierno en ese mismo año y la declaración de invalidez de las deudas contraídas por el gobierno saliente decidida por el Congreso Constitucional en 1922.

El tema se somete al arbitraje de William H. Taft ex presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, quien dicta el laudo en 1923, decidiendo en lo sustancial liberar de la deuda a Costa Rica por considerar que el acreedor tenía conocimiento que el préstamo no iba a ser aplicado a las necesidades del Estado sino que sería utilizado por el dictador en su beneficio personal: “las transacciones en cuestión, que no constituyen transacciones de naturaleza ordinaria y que estuvieron plenas de irregularidades, fueron realizadas en un momento en que la popularidad del gobierno de Tinoco ya había desaparecido, y cuando el movimiento político y militar tendiente a derrocar el gobierno estaba tomando fuerza... El caso del Royal Bank no

¹¹⁹ Fernández Tomás, Antonio, *Deuda externa. Nuevo orden económico y ordenamiento jurídico internacional*, “Cursos de Derecho Internacional de Vitoria/Gasteiz”, 1989, p. 442 y 443.

depende de la mera forma de la transacción sino de la buena fe del banco en prestar dinero para un uso real por parte del gobierno costarricense bajo el régimen de Tinoco. Debe probarse en su caso el suministro efecto de dinero al gobierno para su uso legítimo. El banco sabía que el dinero iba a ser usado por el presidente saliente, F. Tinoco, para su sostén personal una vez que se refugiara en un país del extranjero. No podría responsabilizar a su gobierno por el dinero que le fuera entregado para ese propósito”¹²⁰.

El laudo pone el énfasis en el riesgo moral de la operación de crédito soberano, creando un precedente sobre la ilegitimidad de la deuda cuando el acreedor tenga conocimiento que el gobierno desviará los fondos obtenidos del préstamo para fines ajenos al Estado. La argumentación es máximamente relevante porque instala la idea del fraude por connivencia del acreedor y el gobierno para perjudicar al Estado, y fija como primer efecto jurídico del fraude la inimputabilidad de la deuda al Estado.

Sobre la base de los fundamentos de estos casos de arbitraje puede decirse que quedan planteados en el derecho internacional público los dos argumentos principales que hacen a la visión del Estado deudor en conflictos relativos a incumplimiento de pagos, esto es si la deuda es legítima e imputable al Estado y si el derecho internacional reconoce la existencia eximentes de responsabilidad basados en circunstancias sobrevinientes que tornen imposible el cumplimiento del pago de los créditos financieros.

La otra instancia a considerar en este período es la de la Corte Permanente de Justicia Internacional (1919). La constitución del tribunal al finalizar la Primera Guerra Mundial muestra un compromiso internacional en la búsqueda de soluciones de derecho para preservar la paz. Sin embargo el conflicto bélico que estalla dos décadas después deja inconclusa esa tarea. Durante el breve desempeño de la Corte apenas se pueden anotar dos asuntos que hacen a la problemática de las deudas soberanas.

El primero se compone de dos laudos “Francia c/Serbia”¹²¹ y “Francia c/Brasil”¹²², del 12 de junio y 12 de julio de 1929, y el segundo –último laudo dictado por la Corte– “Bélgica c/Grecia”, del 15 de junio de 1939. El asunto de los empréstitos serbios y brasileños partía de una diferencia de cambio entre el franco convertible en oro y la cotización del metálico. La causa fue la devaluación del franco contra el oro, de modo que los deudores pretendían cancelar su deuda en billete mientras que el acreedor reclamaba el equivalente al valor del metal. Por su parte, la cuestión de Sociedad Comercial de Bélgica contra el Estado griego consistía en la ejecución de dos laudos arbitrales a raíz de una deuda nacida de un tendido ferroviario en territorio griego.

Sin ingresar en las particularidades de cada caso interesa destacar que se vuelve sobre el análisis de la defensa de fuerza mayor como eximente de responsabilidad del Estado. En el caso de los empréstitos serbios y brasileños la defensa in-

¹²⁰ Bohoslavsky, *Créditos abusivos. Sobreendeudamiento de Estados, empresas y consumidores*, p. 530.

¹²¹ CIJ, 16° sesión (extraordinaria), “Francia c/Reino de los Serbios, Croatas y Eslovenos”, disponible en www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1929.07.12_payment1.htm.

¹²² CIJ, 16° sesión (extraordinaria), “Francia c/Brasil”, disponible en www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1929.07.12_payment2.htm.

vocó las dificultades económicas por efecto de la Guerra Mundial, pero la Corte determinó que un mero incremento de la carga que recaía sobre los Estados deudores no excusaba el cumplimiento de los préstamos, sin perjuicio de matizar la solución señalando que: “las condiciones económicas provocadas por la guerra, no liberan al Estado deudor de sus obligaciones, aunque pueden comportar consideraciones de equidad que, sin duda, las partes deben examinar”¹²³. Por su parte Grecia también se excusó por el incumplimiento de los laudos que se ejecutaban ante la Corte alegando grave crisis económico financiera, pero el tribunal consideró que para ser tenida en cuenta como defensa la fuerza mayor debería acreditarse mediante prueba concluyente, que no se encontraba cumplimentada en la causa¹²⁴.

Si bien entonces la Corte Permanente de Justicia Internacional muestra una interpretación restrictiva a la hora de evaluar la procedencia de la defensa de fuerza mayor opuesta por los deudores, no es menos cierto que se vuelve a afirmar su validez como doctrina tal como en el arbitraje ruso-otomano, lo cual consolida su reconocimiento, dependiendo de los hechos y pruebas en que se funde, como principio de derecho internacional público tendiente a la eximición de responsabilidad del Estado deudor.

De esta forma se cierra un período de gran valor testimonial porque es el que concentra la actuación de una instancia internacional tras la búsqueda de una solución imparcial. En su legado queda el cimiento de los institutos de la ilegitimidad por fraude en la contratación de la deuda soberana y el *estado de necesidad* como herramienta de protección del Estado en crisis.

2. Renegociación internacional de deuda pública

La solución de conflictos por impagos de deuda soberana mediante el arbitraje y la Corte Internacional se desactiva con la Segunda Guerra Mundial. A la hora del balance final, la herencia obtenida en cuarenta años de diplomacia y solución de conflictos concluye con un principio inderogable del *ius cogens* que se resume en la noción de que *no se pueden invadir países por deudas*, y en una obra inconclusa como lo es introducción de la doctrina de la ilegitimidad de la deuda odiosa y la del estado de necesidad como eximente de responsabilidad del Estado deudor.

Como emergente del conflicto bélico surge un nuevo escenario mundial bajo el predominio de Estados Unidos en el área occidental y la Unión Soviética en el bloque del este. No obstante la constitución de la Organización de las Naciones Unidas (1948), la multilateralidad termina siendo sólo aparente en vista de la influencia dominante de las dos potencias. En este marco se celebran los acuerdos para la estabilidad económica y financiera mundial de Bretton Woods en julio de 1944, que dan luz a dos instituciones internacionales, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.

Este mapa geopolítico permitirá caracterizar una nueva etapa en el análisis de las crisis de deuda soberana, donde aparecen en escena los sindicatos de acreedo-

¹²³ Cortés Martín, José M., *El estado de necesidad en materia económico financiera*, “Anuario Español de Derecho Internacional”, vol. XXV, 2009, p. 122.

¹²⁴ Fernández Tomás, *Deuda externa. Nuevo orden económico y ordenamiento jurídico internacional*, p. 157.

res y el Fondo Monetario Internacional. A partir de allí se buscará la salida negociada de la crisis del deudor bajo el manejo del sector acreedor como consorcio o sindicato que impone condiciones u otorga beneficios, conforme sus intereses o niencia. El deudor ya no puede aspirar a una solución en base a la equidad o la justicia, tal y como se pretendía mediante la actuación de un árbitro o corte internacional. Por lo tanto, independientemente de las soluciones que se arriben en cada caso, lo cierto es que el método de solución de conflictos en el marco de crisis de pago de deuda pública que se instala en esta etapa y que –con matices– subsiste hasta nuestros días, implica un inicuo retroceso respecto de la construcción que una arquitectura jurídica internacional en base a la competencia acordada de árbitros o cortes internacionales.

a. Acuerdo de Londres de 1953

Con la posguerra nace en los países de occidente liderados por los Estados Unidos un sentido de cooperación tendiente a la estabilidad de los países aliados como escudo ante el avance del bloque soviético, que pronto se materializa en créditos del mismo tesoro norteamericano con destino a la reconstrucción europea (Plan Marshall). Pero las indemnizaciones de guerra y el pago de los créditos de posguerra no tardan en condicionar la economía alemana, es así que se impone la necesidad de una profunda reestructuración. Las negociaciones se inician en 1952 y concluyen con el acuerdo celebrado en Londres de 1953.

Tal acuerdo consistió básicamente en la concesión de quitas de capital e intereses que llegaban hasta el 75%, reducción de tasas de interés entre el 0 y el 5%, otorgamiento de períodos de gracias para iniciar los pagos los cuales sólo eran exigibles hasta el límite del 5% de las exportaciones y la posibilidad de precancelar la deuda. A esto se sumaba que el deudor –Alemania– reembolsaría los créditos principalmente en su propia moneda y que los tribunales germanos serían los competentes en caso de litigio, todo lo cual se completaba con un plan para favorecer el saldo positivo de la balanza comercial mediante la sustitución de importaciones y la apertura de mercados para sus productos exportables¹²⁵.

La idea era que el Estado alemán *pague sin empobrecerse*, vale decir que el país reconstruya su economía y que su población pueda aspirar a mejores condiciones de vida, como premisa para cumplir con las obligaciones internacionales sin desestabilizar su sistema político. Tal visión se enrola plenamente en la ideología del Estado de bienestar como paradigma de la posguerra, constituyendo un auspicioso ejemplo que demostró como la cooperación internacional es no sólo un comportamiento que hace al valor justicia sino también que es el más beneficioso para todas las partes involucradas, ya que permitió la recuperación económica del deudor y el cumplimiento de los objetivos de los acreedores quienes cobraron sus créditos y a la vez consolidó la estabilidad del sistema político occidental. Es así que, traducido al

¹²⁵ Acerca del tema: Toussaint, Eric, *Grecia-Alemania ¿Quién debe a quién? La anulación de la deuda alemana en Londres en 1953*, disponible en www.cadtm.org; Toussaint, Eric, *The Marshall Plan and the Debt Agreement on German debt*, disponible en <http://cadtm.org/The-Marshall-Plan-and-the-Debt>; Ugarteche, Oscar - Acosta, Alberto, *Repensando una propuesta global para un problema global*, disponible en www.forumdesalternatives.org; Guinnane, Timothy W., *The 1953 London Debt Agreement*, Economic Growth Center, Yale University, paper n° 880, ene. 2004.

lenguaje de la teoría de juegos, el acuerdo de Londres de 1953 no es un esquema de suma cero, donde lo que gana uno lo pierde el otro, sino uno de suma variable, conforme la cual la decisión cooperativa permite que todos se beneficien.

Sin embargo no puede soslayarse que en aquella oportunidad los principales acreedores del país deudor eran otros Estados aliados para quienes las concesiones financieras eran de menor peso frente al problema que planteaba la estabilidad política y económica. De modo que la solución obtenida aparece determinada por la conveniencia del sector acreedor y no por las virtudes del método utilizado para resolver el conflicto.

Por tal motivo el Acuerdo de Londres marca un precedente de cooperación internacional visto desde el resultado o solución al caso concreto, pero establece un método esencialmente desequilibrado donde el acreedor es juez y parte. La experiencia de las décadas siguientes muestra que la solución cooperativa quedó como dato histórico, mientras que el método de negociación desigual se consolidó y perfeccionó, dejando atrás toda pretensión de tratamiento jurídico de las crisis de deuda soberana ante una corte internacional imparcial, de tal suerte que cuando el principal acreedor pasa a ser del sector privado dentro del sistema financiero internacional, el esquema que se configura es el del *dilema del prisionero*¹²⁶ donde los países en el marco de la globalización se ven tentados a traicionarse mutuamente para optimizar sus propios resultados, aún cuando la decisión cooperativa los beneficie a todos en su conjunto.

b. Club de París y Fondo Monetario Internacional

En línea con el Acuerdo de Londres de 1953, en 1956 se reúnen en la ciudad de París, países acreedores para renegociar la deuda argentina. Con este episodio se inaugura un foro internacional de carácter informal y permanente, como ámbito para la negociación de deuda externa, en cuyo ámbito al 2012 se llevaban realizados 429 acuerdos que afectan a 90 países deudores.

De aquella experiencia de negociación colectiva que significó el Acuerdo de Londres quedará el método pero no los valores de cooperación y solidaridad internacional que inspiraron la solución del caso concreto. El legado que dejó fue la asimetría de una negociación plenamente disponible al arbitrio de los acreedores, que se refleja en la estructura de gobernanza del propio Club de París y, fundamentalmente, en el Fondo Monetario Internacional, que es la institución que se constituye de hecho en supervisora de los acuerdos.

En lo relativo a la relación de poder interno del Club de París encontramos de un lado al deudor y del otro a todos los acreedores, esquema que inmediatamente remite a la idea del concurso preventivo de entes privados. Sin embargo a diferencia

¹²⁶ Básicamente el dilema del prisionero pone de manifiesto como la falta de información o confianza puede llevar a no cooperar aún cuando la actuación coordinada beneficie a todas las partes y permita optimizar los resultados. El ejemplo clásico del dilema del prisionero es el siguiente: La policía arresta a dos sospechosos. No hay pruebas suficientes para condenarlos y, tras haberlos separado, los visita a cada uno y les ofrece el mismo trato. Si uno confiesa y su cómplice no, el cómplice será condenado a una pena mayor y el primero será liberado. Si uno calla y el cómplice confiesa, el primero recibirá esa pena y será el cómplice quien salga libre. Si ambos confiesan, ambos serán condenados a una pena intermedia. Si ambos lo niegan, la pena será mínima para los dos.

del ordenamiento jurídico previsto para la insolvencia y reestructuración de deuda privada, aquí no habrá ni procedimiento reglamentado ni tribunal o sindicatura neutral. Pero siendo que este Club carece de una organización estable –funciona en un ámbito y un secretariado que provee el gobierno francés– se apoya en la estructura del Fondo Monetario Internacional, que hace las veces de síndico, de modo que el avance en las negociaciones se sujeta a los dictámenes de la burocracia del Fondo. Esto es así pese a tratarse de un grupo informal porque en la práctica el avance de las negociaciones se supedita al otorgamiento de un préstamo o programa de reprogramación de pagos por parte del Fondo, lo cual a su vez implica que este organismo auditará al país deudor y le impondrá condiciones en el manejo de su política económica.

Y si bien en el Fondo participan todos los países deudores como asociados, ello no implica que tengan algún peso en las decisiones. En la misma página web oficial del Fondo Monetario Internacional puede leerse “A diferencia de la Asamblea General de las Naciones Unidas, donde cada país tiene un voto, el proceso de toma de decisiones en el FMI se creó expresamente para reflejar la posición relativa de los países miembros en la economía mundial”¹²⁷. Partiendo de esta premisa no es necesario abundar en argumentaciones tendientes a demostrar que los intereses de las naciones centrales fueron los que inspiraron la constitución y desenvolvimiento de la institución, lo cual descarta toda pretensión de neutralidad en el tratamiento de las deudas soberanas.

La forma en que esta relación de poder se lleva a la práctica es mediante el sistema de cuotas que determina el compromiso financiero del Estado miembro con el FMI y su poder de voto. Así, de acuerdo al lugar –relativo y arbitrariamente determinado– que el país miembro ocupa en la economía mundial será su compromiso para fondear de recursos al organismo y su capacidad para decidir en que condiciones se utilizan esos fondos. Y este poder de voto es determinante a la hora de fijar los lineamientos de política económica que deberán observar los países miembros para acceder a las líneas de crédito porque, si la petición de financiamiento supera el monto de su cuota (tramos de crédito llamados *stand by* y ampliados) el país requirente deberá presentar una carta de intención en la que fundamentalmente habrá de manifestar las políticas económicas que implementará con destino a estabilizar sus finanzas públicas, que en la práctica se traduce en un mecanismo de supervisión de la economía de los países receptores de créditos por parte de los exportadores de capital.

En tal sentido basta con observar que en el Convenio Constitutivo del FMI (Bretton Woods, 1944) se dispuso que el organismo dictará normas para la superación de la crisis de balanza de pagos de los países miembros como condición para el uso de recursos (Capítulo V, Sección III, *Condiciones que regulan el uso de los recursos generales del Fondo*), y ya en el reporte anual del organismo en 1964 se hacía referencia específica a estas “condicionalidades”: “Los préstamos que superen el tramo oro... están condicionados, en menor o mayor grado a la adopción por parte de los países que lo solicitan, de políticas diseñadas para asegurar el carácter temporal de sus problemas de pago, y diseñadas también para eliminar o reducir la confianza del miembro en las restricciones de cambio u otras prácticas de cambio”. Y lo

¹²⁷ Disponible en www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/governs.htm.

que fueron condicionalidades de política monetaria se transformaron en decidida supervisión económica, a partir de la segunda enmienda al Convenio Constitutivo, aprobada en 1978, en mérito de la cual el organismo abandona los objetivos de estabilidad monetaria mundial¹²⁸, y asume un protagonismo más activo como prestamista. La consecuencia es el desvío de los fines de un Fondo Monetario Internacional, pensado como un Banco Central global, a otro cuyo fundamento es el de funcionar como financista supranacional, y desde esa posición supervisar las economías de los países deudores.

Con este punto de vista, lejos de toda neutralidad, el Fondo Monetario Internacional representa la perspectiva y los intereses de los agentes del sistema financiero global. Su objetivo no es el desarrollo de las naciones sino la percepción de los créditos y las comisiones, situación que no tardó en traducirse en el diseño e imposición de políticas públicas de “estabilización” que buscan el equilibrio financiero y de balanza de pagos estatal de corto plazo, cuya receta no es otra que el ajuste fiscal, la reducción del intervencionismo del Estado en la economía (privatización de empresas públicas y desregulación) y desmembramiento del sistema de seguridad social y el derecho protectorio del trabajo, con el fin de reducir costos y liberar la actividad privada con eje en la abstracción del mercado como único encargado de asignar y distribuir riqueza¹²⁹.

El Acuerdo de Londres de 1953 para la deuda alemana quedó como el origen de un modo de negociación de la universalidad de la deuda externa soberana. Pero lo que fue un convenio de cooperación para el desarrollo donde todos los involucrados se encontraban comprometidos en el resurgimiento económico del deudor como condición para el pago de la deuda, se transformó en un instrumento para la intervención en las economías de los países deudores como mecanismo para la transferencia de recursos. Para graficar este giro copernicano alcanza con observar que en el Acuerdo de Londres se preveía que los pagos al exterior no podían superar el límite del 5% de las exportaciones alemanas, mientras que en la renegociación de la deuda argentina, consolidada por la dictadura militar que gobernó el país entre 1976-1983, llevada a cabo por el gobierno democrático de Raúl Alfonsín con el FMI se establecían pagos por intereses sin amortización de capital del orden del 70% de las

¹²⁸ A partir del abonado unilateral de los EEUU del patrón oro en 1971, se produjo un período de arduas negociaciones entre quienes buscaban restablecer el sistema de cambio fijo y quienes aspiraban a un reconocimiento de la realidad existente. La solución se logró con los acuerdos de Jamaica de 1976 (2ª enmienda, vigente desde 1978), en que se legalizó el régimen de cambio fluctuante, se derogaron las paridades del Convenio Constitutivo, los Estados miembros quedaron autorizados para dejar flotar sus monedas o mantener cambios fijos. Se suspendieron las funciones como denominador de divisas y el FMI fue autorizado para vender el oro de su reserva. El FMI vio aumentar su gravitación al disponer de recursos para dar crédito a los países que tenían problemas cambiarios. Se introdujo el régimen de “cartas de intención” en que los gobiernos definen las políticas económicas a seguir, fijando metas cuyo cumplimiento habilita para obtener los distintos “tramos” de los créditos que se les otorgan. El concepto de “facilidades ampliadas” corresponde a la aplicación de medidas capaces de solucionar problemas de mediano plazo de los países solicitantes de créditos. El Banco Mundial y otros organismos de crédito internacional han subordinado sus operaciones a la aprobación por el FMI de los programas financieros, para cuyo cumplimiento los países han solicitado ayuda crediticia. Fue la forma como se operó a partir de las crisis de la deuda.

¹²⁹ Emmerij, Louis, *La naturaleza de las políticas de ajuste y el desarrollo humano*, en Haq Khadija - Kirdar, Uner, “Desarrollo humano, ajuste y crecimiento”, México, FCE, 1990, p. 13 y 14.

exportaciones totales para los años 1984 y 1985¹³⁰. Así es entonces como el método de gobernanza de las instituciones financieras internacionales, deviene funcional a la alianza del poder político occidental con los agentes del sistema financiero, en tanto canalizan e imponen las demandas para la apertura de mercados y la garantía de las ganancias.

En comparación con el escenario de casi tres décadas desde mediados de los setenta, donde las potencias líderes se consideraban inmunes a los efectos del estrangulamiento económico que imponían a las naciones deudoras, el actual del siglo XXI se parece más a aquel de 1953 en que los líderes mundiales advirtieron que era necesario privilegiar la estabilidad del sistema político y la sustentabilidad económica del deudor que el cobro de créditos a cualquier costo. Y esto es así porque el problema de la deuda soberana es global y ya no cuenta la división entre países desarrollados y emergentes para catalogar a los afectados, de modo que el tiempo es propicio para avanzar sobre una nueva arquitectura jurídica internacional que contemple los derechos de las naciones deudoras.

3. Deuda soberana y derecho local extranjero

Con las variantes ya señaladas, la problemática de la deuda soberana fue materia del derecho internacional público hasta los años setenta. Pero a partir de la codificación la inmunidad restringida de los Estados extranjeros en los Estados Unidos y el Reino Unido (*Foreign Sovereign Immunities Act* en 1976¹³¹, y *State Immunity Act* en 1978¹³², respectivamente), la cuestión pasó a ser materia también de derecho interno de esas potencias.

Tal cambio viene a consolidar la posición de fuerza de los acreedores, ya que a la intervención de la economía mediante el brazo ejecutivo del Fondo Monetario In-

¹³⁰ “La negociación con el FMI: El pago de la deuda externa argentina compromete algo menos de la mitad del ahorro nacional, fue contraída a través de la aplicación de una política económica arbitraria y autoritaria, en la cual los acreedores tuvieron activa participación, sin beneficio alguno para el pueblo argentino, el gran ausente en todo este proceso. La República Argentina honrará su tradición de cumplir con todos sus compromisos, respetando uno de los legados más preciados de su historia; no se trata de no pagar, sino de hacerlo en las condiciones más adecuadas para el cumplimiento de los objetivos, en un marco de ordenamiento de la economía, crecimiento y paz social. La República Argentina presenta este documento donde detalla distintos elementos de su política monetaria y fiscal, pero que se debe entender que ello no significa adoptar compromisos que condicionen su soberanía en el manejo de sus problemas internos. En las proyecciones de fuentes y usos de fondos del balance de pagos se proponen entre otras cuestiones: 1) el pago de intereses por dólares 5937 M en 1984 y dólares 6607 en 1985 sobre un total de exportaciones de dólares 8679 M y 9424 M respectivamente; 2) Sobre un total de deuda externa de dólares 45000 M, amortizar deuda por dólares 914 M en 1984 y dólares 1126 M en 1985; 3) Sobre un total de deuda externa de dólares 45000 M esta previsto un aumento de la deuda de dólares 2702 M (6%) en 1984 y de dólares 2695 M (5,9 %) en 1985; 4) Que la cuenta corriente del balance de pagos permanece deficitaria, debido al peso de los intereses de la deuda externa, cuyo monto global a fines de 1983 fue de dólares 43600 M con intereses por dólares 5500M, equivalente al 70% de las exportaciones, con un déficit en cuenta corriente de dólares 2570 M” (JuzgNCrimCorrFed n° 2, 13/7/00, “Olmos, Alejandro s/denuncia”, causa n° 14.467, expte. 7723/98).

¹³¹ The Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA), 1976, título 28, § 1330, 1332, 1391(f), 1441(d), y 1602-1611 del Código de EEUU, disponible en www.law.cornell.edu/uscode/text/28/part-IV/chapter-97.

¹³² State Immunity Act 1978, chapter 33, disponible en www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33.

ternacional, se agregará el poder para hacer cumplir y ejecutar los contratos individuales de los jueces de las jurisdicciones de los acreedores. Es decir que estos mecanismos jurídicos, que permiten caracterizar una nueva etapa en la resolución de las crisis de deuda soberana, no derogan sino que se suman a los que se vienen perfeccionando en garantía de los derechos de los acreedores bajo el auspicio del Club de París y el Fondo Monetario Internacional.

Cuando resumimos la evolución del concepto de la inmunidad jurisdiccional de los Estados decíamos que fue precisamente Estados Unidos el país que propició el reconocimiento de la doctrina absoluta y lo plasmó en su propia Constitución. Pero los negocios financieros irresponsables impulsados desde el país del norte requerían de un ordenamiento jurídico afín, porque resultaba evidente que esos mismos préstamos eran destructivos para las economías de los países deudores que irremediablemente caerían en incumplimiento de pagos. Al respecto relata Conesa¹³³ que en 1974 hubo en Washington DC un célebre debate entre William Simon, secretario del Tesoro del presidente Ford, partidario de dar vía libre a los grandes bancos privados estadounidenses para que presten a los gobiernos de los países en desarrollo reciclando los petrodólares, y el entonces presidente del Banco Mundial, Robert McNamara, quien consideró que esos préstamos no ayudarían a los países en desarrollo y, en cambio, iban a crear graves problemas de default y desarreglos en el sistema monetario y crediticio internacional vigente entonces. Demás está aclarar que triunfó la postura de Simon, no obstante es evidente que la posición de McNamara fue efectivamente tenida en cuenta en el diseño del método jurídico de solución de conflictos, para cual bastó habilitar la competencia de los propios tribunales norteamericanos.

Es así que a partir de la década del ochenta cobra importancia analizar la cuestión de las deudas soberanas en función de la máxima de la corriente iusfilosófica del realismo norteamericano, conforme la cual “el derecho es lo que los jueces dicen que es” (O. W. Holmes), constatando en la jurisprudencia local el fruto que rindió la aceptación normativa de la inmunidad de jurisdicción restringida de los Estados.

Con ello se inicia una nueva etapa en nuestro análisis. En paralelo con la negociación colectiva bajo la sindicatura del Fondo Monetario Internacional, se agrega la resolución de conflictos de carácter bilateral, es decir la ejecución de deuda por parte de acreedores que no ingresan en la negociación colectiva, pero no ya ante un tribunal internacional como sucedía en las primeras décadas del siglo, sino que ahora el conflicto pasa a ser de derecho privado en razón que el Estado deudor se considerará como un sujeto mercantil sometido a la jurisdicción extranjera.

Y entre la jurisprudencia que se ocupa de la ejecución de deudas soberanas, el protagonismo quedará reservado a los tribunales del Estado norteamericano de Nueva York, en razón de lo cual esta tercera etapa tiene una localización histórica, que inicia en la década del ochenta y continúa vigente, y también territorial, ya que la tendencia la marca la visión de jueces de una única plaza, claramente alineada con el interés del capital financiero.

¹³³ Conesa, *Argentina: como convivir con el default*, p. 79.

a. Inaplicabilidad del régimen de insolvencia. Caso “Allied”

Y en referencia a la jurisprudencia de los tribunales de Nueva York forzoso es comenzar por el *leading case* “Allied Bank International vs. Banco de Crédito Agrícola de Cartago”¹³⁴, cuya sentencia definitiva se dicta en 1985, porque constituye el primer antecedente que homologa el desplazamiento de la inmunidad de los Estados nacionales hacia el de inmunidad de los contratos, consolidando las garantías jurídicas necesarias para el desarrollo de instrumentos financieros independientes de la suerte económica y de los sistemas jurídicos de los países deudores.

La causa tiene origen en el impago de deuda por parte de bancos públicos de Costa Rica, a raíz de la decisión del Estado, dispuesta mediante decreto presidencial de 1981, de limitar los giros al exterior para renegociar en conjunto su deuda. En la primera instancia, el juzgado norteamericano se declaró competente para entender en la causa en razón de sostener que la emisión de deuda era considerada un acto comercial (*iure gestionis*), pero sobre el fondo del asunto dio la razón a la demandada respecto de que el decreto dictado por el gobierno costarricense que afectaba el pago de la deuda reclamada en la causa constituía un acto público del Estado (*iuri imperii*), y que por lo tanto el análisis de su legitimidad o constitucionalidad correspondía al ámbito de ese país. Para así decidir el juez aplicó la doctrina del Acto de Estado (*Acto of State*), reconocida en el derecho norteamericano desde fines del siglo XIX (caso “Underhill c/Hernández”, 168 U.S. 250, 1897), conforme la cual los tribunales se ven impedidos de juzgar la validez de los actos oficiales de otro Estado soberano que sean ejecutados y tengan efectos dentro del territorio de este último.

En instancia de apelación se confirmó lo resuelto, vale decir el rechazo de la demanda, pero por distintos fundamentos. El tribunal de alzada consideró inaplicable la doctrina del acto de Estado porque el endeudamiento en cuestión se había realizado en moneda estadounidense y el domicilio de pago se situaba en la ciudad de Nueva York, y entonces cualquier norma que lo afecte al negocio jurídico trascendía por sus efectos al ámbito local de la República de Costa Rica. Sin embargo la solución no varió porque el fallo quedaba firme con fundamento en el principio de cortesía internacional (*International Comity*), cuyo basamento no es legal ni jurisprudencial sino diplomático y que permite a una corte extender la inmunidad a Estados extranjeros aún respecto de actos públicos que tengan lugar o surtan efecto en territorio norteamericano, a condición que dichos actos sean consistentes con las leyes y la política de los poderes de los Estados Unidos. La Cámara, con apoyo en este principio, sostuvo finalmente que los decretos del gobierno de Costa Rica debían ser reconocidos en el ámbito de los Estados Unidos, ya que fueron dictados en el marco de un proceso de reestructuración de la deuda del Estado, asimilable a la solución prevista en el capítulo 11 de la ley de quiebras de los EEUU en cuanto a la suspensión las acciones judiciales de deuda individual para habilitar la renegociación general del pasivo, concluyendo finalmente que la decisión de Costa Rica armonizaba con el marco jurídico y la política norteamericana en lo que respecta al tratamiento de la insolvencia.

¹³⁴ “Allied Internacional Bank vs. Banco Crédito Agrícola de Cartago”, 757 F. 2d 516, 2d. Cir., 1985.

Este argumento ponía en valor las posiciones doctrinarias entonces de vanguardia que proponían un régimen similar al modelo de insolvencia norteamericano adaptado a la reestructuración de deudas soberanas (Oechsli, 1981). No obstante esta fundamentación era claramente más débil que la expuesta por el juez de primera instancia, ya que no dependía de un dato objetivo como lo era el dictado de una normativa extranjera posterior al endeudamiento, sino de una subjetiva apreciación judicial respecto del ajuste y consecuencia de la ley extranjera con la ley norteamericana y su política de Estado. Tan es así que a la apreciación del tribunal se opuso el Departamento de Estado, que se presenta y pide la revisión de la sentencia ante la misma Cámara de Apelaciones. En su presentación el gobierno norteamericano sostuvo que la suspensión de pagos establecida por el gobierno de Costa Rica era contraria a los intereses de Estados Unidos y al correcto funcionamiento del sistema financiero internacional, abogando a favor del reclamante por la inaplicabilidad al caso del principio de cortesía internacional. El Departamento de Estado aclara que el procedimiento previsto en la ley de quiebras norteamericana (capítulo 11) no involucra los casos de renegociación de deudas soberanas y que por lo tanto debe desestimarse cualquier interpretación extensiva, advirtiendo que “La confianza de los prestamistas en la ejecutoriedad de sus acuerdos de préstamos pagables en New York es crucial para su predisposición para extender créditos internacionales”¹³⁵.

Esta reapertura de la instancia (*rehearing*) dio como resultado un vuelco en la doctrina del Tribunal. La Cámara revisa el fallo y se alinea con la postura del Poder Ejecutivo señalando que: “la estrategia entera se funda en el entendimiento según el cual, mientras que las partes pueden acordar la renegociación de las condiciones de pago, las obligaciones de pago subyacentes se mantienen, empero, válidas y ejecutables. El intento unilateral de Costa Rica se reestructuración de obligaciones privadas, sostuvo Estados Unidos, fue inconsistente con el sistema de cooperación y negociación internacionales y, por ende, inconsistente con la política de los Estados Unidos. El gobierno de los Estados Unidos luego explica que su posición sobre la deuda privada internacional es consistente con su propia disposición a reestructurar las obligaciones intergubernamentales de Costa Rica o con la continuación de la ayuda al económicamente deprimido país centroamericano. Nuestra anterior conclusión, según la cual los decretos de Costa Rica eran consistentes con la política de los Estados Unidos, fue basada en estas dos circunstancias. A la luz de la dilucidación de su posición por el gobierno, creemos que nuestra primera interpretación de la política de los Estados Unidos estaba equivocada... Estados Unidos tiene interés en asegurar que los acreedores estén habilitados para cobrar en Estados Unidos en dólares norteamericanos bajo contratos sujetos a la jurisdicción de los jueces norteamericanos, pudiendo asumirse que, excepto que concurran las más extraordinarias circunstancias, sus derechos serán definidos conforme al reconocimiento de los principios del derecho de los contratos”.

El precedente tiene importancia determinante en razón que se trata del primer caso trascendente desde la vigencia de la ley de inmunidad soberana (*Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976), que sienta doctrina judicial dentro de un sistema de fuentes de derecho del *common law* con relación a la reestructuración de deuda extranjera. De su *obiter dictum* se pueden extraer conclusiones que consolidan las ba-

¹³⁵ Bohoslavsky, *Créditos abusivos. Sobreendeudamiento de Estados, empresas y consumidores*, p. 503.

ses jurídicas sobre las que se edificará el sobreendeudamiento soberano de las décadas siguientes:

1) El derecho de los contratos se aplicará por sobre el derecho del Estado extranjero deudor.

2) El derecho de quiebras norteamericano no es aplicable por analogía.

3) El proceso de renegociación de deudas soberanas no impide la validez y ejecución de los contratos, vale decir que la reestructuración de deudas en curso o perfeccionada con cualquier mayoría de acreedores no perjudica el derecho de los acreedores disidentes (*free riders*).

4) La doctrina judicial de los tribunales de la jurisdicción de Nueva York se subordinan a la política exterior de los Estados Unidos.

5) Estados Unidos tiene interés en que sus tribunales sirvan de garantía para la ejecución de deudas financieras.

Con la aplicación del derecho contractual y la disponibilidad del poder de ejecución de los jueces norteamericanos, se sentaron los cimientos jurídicos para que los agentes financieros se impongan a los Estados deudores con gobiernos temerosos de la amenaza del cierre del financiamiento y el aislamiento económico internacional. Bastaba poner como condición que en los empréstitos se fije la competencia de los tribunales de Nueva York como antídoto para que ni las leyes, ni la crisis general, ni la renegociación con el resto de los acreedores, perturbasen el derecho de quienes decidieran el cobro nominal por vía judicial.

b. Competencia jurisdiccional. Caso “Weltover”

El caso “República de Argentina y Banco Central de la República Argentina c/Weltover Inc. y otros”¹³⁶, si bien no es el primer fallo relevante de este período, tiene la importancia de haber definido la cuestión de competencia territorial para entender en las causas de deuda externa pactada en dólares, por la misma Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, sentando jurisprudencia sobre el alcance de la ley de inmunidad de Estados extranjeros (*Foreign Sovereign Immunities Act*).

El fallo se dicta en junio de 1992 y establece que, además de los pactos expresos de competencia en los contratos o su fijación unilateral por los Estados en los prospectos de bonos, el mismo acto de emisión de deuda es considerado como un comercial o de gestión del Estado (*ius gestionis*), independientemente de la finalidad o la aplicación de los fondos, de modo que bastará que los bonos fueran pagaderos en moneda estadounidense en la plaza de la ciudad de Nueva York para fijar la competencia de los tribunales de ese Estado: “Como la ley de inmunidad de Estados extranjeros establece que el carácter comercial de una acción de un gobierno extranjero debe determinarse por la referencia a su ‘naturaleza’ más que a su ‘propósito’, la cuestión es si las acciones particulares que realiza el Estado extranjero son del tipo de acciones por las cuales una parte privada se involucra en comercio y tráfico o negociaciones, más que si el gobierno extranjero está actuando por un motivo de ganancias o con la meta de cumplir únicamente objetivos soberanos... La

¹³⁶ “República Argentina vs. Weltover Inc.”, 504 EEUU 607, 1992.

emisión por parte de un gobierno extranjero de bonos del gobierno como parte de un plan para estabilizar su moneda era una ‘actividad comercial’ en virtud de la ley de inmunidad de Estados extranjeros, sin importar el propósito de la emisión... La emisión de los instrumentos de deuda negociable de los Estados extranjeros, denominados en dólares estadounidenses y pagaderos en Nueva York, y la designación de un agente financiero en dicha ciudad, era una demostración resuelta del privilegio de llevar adelante actividades dentro de Estados Unidos, lo que cumplía con los requisitos ‘mínimos de contacto de la cláusula del debido proceso’¹³⁷.

Esta jurisprudencia constituye la ratificación de la doctrina que dimana del fallo “Allied”, toda vez que al ratificar la competencia de los tribunales de Nueva York, consolida su jurisprudencia en orden también a la inaplicabilidad de la doctrina del Acto de Estado respecto del dictado de normas del Estado deudor que afecten la ejecución nominal de la deuda. Con la aplicación de doctrina el país deudor quedará inhibido nada menos que para el dictado de leyes que hagan a la organización de sus propios recursos en tiempo de crisis, cediendo su soberanía no ya en un organismo internacional del que podría formar parte sino en un fuero de otro Estado. Como señala López-Velarde “Este exorbitante alcance extraterritorial conlleva a un desdén respecto del orden jurídico de otras naciones, un flagrante atentado a la soberanía y una injustificada contradicción a los principios del derecho internacional público y de la cortesía internacional” para concluir que por esa vía las cortes norteamericanas se han convertido en verdaderos tribunales internacionales¹³⁸.

Desde esta perspectiva el endeudamiento externo pasa de ser un problema sólo económico para constituirse en una herramienta de confrontación entre países para beneficio del sector financiero, del que ya se advertía en el debate Porter - Drago en la Conferencia de Paz de la Haya de 1907. En este sentido, tal como lo destaca Ciuro Caldani, “la deuda externa se muestra como un eslabón importante de la constitución de un régimen mundial que, como tal realiza el valor orden” de modo que “cuando los poderes centrales sostiene el pago de la deuda externa, no sólo afirman su sentido específico de cumplimiento sino la referencia a quienes mandan en el mundo y con que criterios lo hacen”¹³⁹.

c. El acreedor disidente. Casos “Pravin” y “Elliot”

El caso “Allied” define los incentivos con que se desarrollará el mercado de deuda soberana. El nuevo impulso viene de la mano de la titularización de los empréstitos fomentados desde 1989 con el plan diseñado por el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos bajo el mando de su secretario, Nicholas Brady, que incluía quita y espera de deuda y nueva financiación a cambio de la securitización de la cartera, con el fin trasladar la exposición de los bancos a inversores anónimos y desarrollar el mercado secundario de deuda. Como el plan era auspiciado por los

¹³⁷ CS EEUU, “República Argentina y Banco Central de la República Argentina c/Weltover, Inc. y otros”, 12/6/92, supl. esp. La Ley, 2003, p. 209 y 210.

¹³⁸ López Velarde Estrada, Rogelio, *Algunas consideraciones en materia de inmunidad soberana a la luz del derecho positivo norteamericano*, disponible en www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/21/pr/pr18.pdf.

¹³⁹ Ciuro Caldani, Miguel Á., *Aportes metodológicos trialistas para la consideración de la deuda pública externa*, supl. esp. La Ley, 2003, p. 156.

Estados Unidos se presumía que su política habría de cambiar, toda vez que la expresada en “Allied” era justamente contraria a la asimilación de las reestructuraciones de deuda soberana con la legislación sobre insolvencia de entidades privadas (capítulo 11 de la ley de quiebras).

Sin embargo, cuando Pravin Banker Associates le reclama el valor nominal de la deuda renegociada por la República del Perú en el marco el Plan Brady, la Cámara del Segundo Circuito de Nueva York, pese a reconocer el cambio de la política de Estados Unidos con respecto a que ahora se muestra favorable a la reestructuración colectiva de la deuda pública, no se aparta de la doctrina judicial conforme la cual la participación en las negociaciones generales de deuda soberana es voluntaria, fijándose como doctrina que los acreedores disidentes conservan sus derechos al cobro íntegro y al ejercicio de las acciones judiciales sin que en ningún caso se les pueda imponer un convenio de reestructuración de deuda aunque fuera aceptada por cualquier mayoría de acreedores¹⁴⁰.

Este fallo de 1997 se refuerza y extrema en sus argumentos con el dictado de sentencia al año siguiente en el caso “Elliot Associates vs. Banco de la Nación y la República del Perú”¹⁴¹. Aquí el reclamo se basaba en títulos de deuda comprados por un fondo de inversión, con la particularidad que esos títulos estaban vencidos e impagos al momento de la compra en el mercado secundario. Entonces la defensa argumentó que el reclamo violaba lo establecido en la sección 489 del *New York Champerty Law* que prohíbe la financiación o compra de títulos con el fin promover litigios, ya que no se puede dudar que el comprador de deuda en *default* invierte en títulos devaluados para lograr un enriquecimiento sin causa útil mediante la promoción de un pleito judicial.

Pero también aquí el tribunal neoyorquino se manifiesta a favor del acreedor, entendiendo que la intención de demandar por parte del fondo de inversión fue secundaria y contingente luego de frustrada la intención primaria de cobrar la deuda, y que si se daba a la cláusula *Champerty* el alcance que pretendía el país demandado los instrumentos que no habían entrado en una reestructuración perdían fuerza ejecutiva. Concluye finalmente que el rechazo de la demanda significaría la alteración del carácter voluntario del Plan Brady al tiempo que tendría como efecto colateral el debilitamiento del mercado secundario de deuda soberana, con la dramática reducción del atractivo del Estado de Nueva York como plaza financiera, que a su vez fomentaría la emigración de capitales hacia otras jurisdicciones. Estos argumentos muestran como el tribunal norteamericano prioriza el impacto de su decisión como ordenador del sistema financiero, despreocupándose por cualquier solución de equidad que tuviera en cuenta la situación económica del país deudor tanto como la ecuación económica del contrato, aún cuando los títulos en cesación de pagos (*default*) se compren por un importe insignificante en comparación con el precio nominal.

El fallo se aparta de la doctrina que dimana del precedente “Norman c/Baltimore and Ohio Railroad” (294 U.S. 240, 1935), que en tiempos de la llamada Gran Depresión, vale decir cuando la crisis económica impactó en los Estados Unidos, había declarado la constitucionalidad de las leyes que fijaron las pautas de con-

¹⁴⁰ “Pravin Bankers Asoc. Ltd. v. Banco Popular del Perú”, 109 F. 3d.850, 854, Cir.2d., 1997.

¹⁴¹ “Elliott Associates, LP c/Banco de la Nación”, 12 F. Supp. 2d 328 (SNDY 1998).

vertibilidad del dólar en oro, considerando la desproporción y abuso de derecho que devenía en un enriquecimiento sin causa para el acreedor si se respetaba la pauta nominal: “No exige mayor análisis... la disparidad de condiciones por las cuales, si se hiciera lugar a las demandas, esos deudores, bajo cláusulas oro, mientras pagan tasas, precios, impuestos sobre la base de 1 dólar recibirían un injustificado enriquecimiento si se les reconociera el valor a 1,69”. Lo que en este fallo se reprocha por importar una diferencia financiera írrita, en el citado caso “Elliot” no sólo se pondera y protege, sino que se destaca como necesario para el fomento de un mercado secundario de bonos y la consolidación de Nueva York como plaza elegible para las finanzas internacionales, poniendo en evidencia que la visión del tribunal se encuentra condicionada por las consecuencias del fallo en la medida que impacten o no en la comunidad a la que pertenece, es decir los Estados Unidos.

Este marco jurídico abonó el camino para el crecimiento de la especulación con la negociación secundaria de títulos de deuda soberana de países en riesgo de incumplimiento. Simplemente un agente financiero puede comprar deuda de países a un valor sensiblemente inferior al nominal y exigir el pago total en los tribunales de Nueva York. La operación no implicará ningún ingreso de dinero a favor del Estado deudor sin que ello perjudique la exigibilidad del título abstracto y literal. La imposibilidad del deudor de oponer defensas fundadas en la crisis económica o la reestructuración general del pasivo constituyen así suficiente estímulo y garantía para inversores de mediano y largo plazo, otorgándoles capacidad de presión permanente al amparo del poder de la primera potencia mundial¹⁴².

En cualquier caso lo que queda de manifiesto es un derecho positivo fundado en la alianza del poder político de la potencia hegemónica (Estados Unidos) y el poder económico en cabeza de las instituciones financieras, con lo que no está en juego sólo la legitimidad del juez sino especialmente su imparcialidad. Con sentido pragmático advertía al respecto Goldshmidt “el verdadero problema no consiste en saber si un Estado queda sometido a veces a jueces de extraña jurisdicción, sino como es posible lograr que esta jurisdicción funcione con imparcialidad”¹⁴³.

d. Ejecución de sentencia. Caso “NML”

Los juicios seguidos en Nueva York por un grupo de acreedores que no ingresaron en los canjes de deuda de los años 2005 y 2010, constituyen una nueva fase en la consolidación del posicionamiento del sector financiero.

En las experiencias anteriores los fallos favorables al acreedor abrían paso a una negociación que tornaba innecesaria la etapa ejecutiva. Pero en el caso actual la negociación encuentra un límite cierto en el ordenamiento jurídico del deudor, porque el canje de deuda argentina se dio en el marco de una normativa de emergencia económica que marca el máximo que los funcionarios de gobierno pueden

¹⁴² Dalla Vía, Alberto R., *Reestructuración y arreglo de la deuda externa en el marco de la Constitución nacional*, www.derecho.uba.ar/institucional/proyectos/dalla_via.pdf, pone de relieve que “del análisis de los fallos de los tribunales norteamericanos en general han mantenido una posición ‘pro-acreedor’ observándose en ese sentido que el viejo adagio romano *favor debitoris* se ve superado en el mercado de bonos por una rígida aplicación del principio *pacta sunt servanda*”.

¹⁴³ Conesa, *Argentina: Como convivir con el default*, p. 78, luego de la cita agrega “La pregunta es ¿Son imparciales los jueces del Estado de Nueva York?”.

pagar por los bonos de deuda comprendidos en el plan de reestructuración del pasivo financiero del Estado.

En principio el fallo sigue la línea trazada por los casos referenciados en los puntos anteriores. Basado en el respecto irrestricto de la literalidad de los contratos de deuda, el desconocimiento de cualquier eximente de responsabilidad o aplicación del orden jurídico del deudor en caso de emergencia económica, la sentencia condena a pagar la totalidad del capital e intereses de conformidad con lo expresado en los títulos originales comprados en *default* por los cesionarios-ejecutantes.

La novedad es que la reestructuración de la deuda argentina abarcó a casi el 92% de los acreedores, y el lugar de pago de gran parte del pasivo reestructurado es la misma plaza financiera donde tramita la ejecución del fondo "NML". Y el dato es relevante porque la ejecución se torna incierta si el tribunal que dicta la sentencia no encuentra bienes bajo su jurisdicción territorial para hacerla efectiva, pero aquí el juez tiene imperio para actuar sobre los agentes financieros encargados de pagar las cuotas de deuda soberana reestructura por un valor muy superior al total de la sentencia dictada a favor de los acreedores minoritarios disidentes.

Si bien los fondos destinados al pago de los bonos reestructurados no podrían ser materia de embargo porque desde el momento que el deudor practica el depósito en el banco pagador la obligación se cancela y los fondos pasan a propiedad del acreedor, la discusión finalmente se debe resolver en el ámbito judicial y en este sentido, tal y como ya hemos reseñado, la doctrina de los tribunales norteamericanos es previsible en orden a maximizar posición del acreedor financiero, que en este caso se concreta y profundiza en tres aspectos:

1) La aplicación del principio *pari passu* para prorratear los pagos entre los acreedores reestructurados y los que no ingresaron al canje. La sentencia dispone que los acreedores disidentes deben cobrar al mismo tiempo y en la misma proporción que los que bonistas que aceptaron las quitas, pero quedando a salvo el saldo por el valor nominal de los títulos más los intereses. De esta forma el principio de paridad de trato entre los acreedores queda claramente alterado porque se pretende un tratamiento igualitario en el pago nominal pero con diferente efecto cancelatorio.

2) La indisponibilidad de fondos pertenecientes a los acreedores reestructurados. El efecto de la aplicación distorsionada del principio de igualdad de trato entre acreedores distintos se concreta en el bloqueo de los pagos de los bonos correspondiente al canje 2005 y 2010. La medida sin precedentes de impedir el cumplimiento de los pagos a otros acreedores por las instituciones financieras tomada por el juez Thomas Griessa pone de manifiesto la posición extrema que se traduce en un instrumento jurídico destinado no ya al cobro de la deuda en ejecución sino más bien al boicot de toda reestructuración de pasivos soberanos.

3) La potestad ilimitada por parte del acreedor de investigación o descubrimiento de bienes del deudor soberano (*discovery*). A la pregunta respecto de cuales bienes están sujetos o comprometidos con la ejecución contra el Estado extranjero, la Corte norteamericana responde que en principio todos los bienes son susceptible de medidas judiciales para garantía del cumplimiento de la sentencia, mientras que la FSIA (*Foreign Sovereign Immunities Act*) plantea sólo las excepciones a esa regla general, que como tales se interpretarán en forma taxativa y restrictiva.

Podría decirse que con este caso se culmina un ordenamiento jurídico que inicia con el dictado de la FSIA en 1976 y se perfecciona con la doctrina judicial de la actuación del Estado como sujeto mercantil pero sin prerrogativas ni régimen de insolvencia y la ejecución de los fallos sobre los bienes del soberano extranjero como potestad de los jueces norteamericanos.

4. Estado de necesidad y deuda pública

La doctrina de los tribunales de Nueva York viene a consolidar un marco de previsibilidad o seguridad jurídica para los acreedores. Dos décadas de jurisprudencia fueron suficientes para lograr despejar la amenaza de “contaminación” de los contratos de deuda con “elementos infecciosos” provenientes de la economía del país deudor.

Y esta situación inédita en el derecho privado occidental, donde el acreedor financiero se mantiene indemne y al margen de la situación de insolvencia que atraviesa el deudor, se afianza por efecto de la legitimación procesal activa que ejercen los acreedores para elegir la jurisdicción que más conviene a sus intereses. Merced a ello se establece un círculo cerrado impermeable a cualquier interés o invocación de derecho por parte del deudor. Sin un legitimado activo para iniciar pleitos en jurisdicciones distintas, la cuestión jurídica relacionada con la ejecución de deudas soberanas queda reducida a un sistema cerrado que funciona entre los contratos en moneda dólar y la jurisprudencia de la Corte norteamericana que ratifica la competencia de los tribunales neoyorquinos y éstos que a su vez reconocen como único derecho el que surge de la literalidad de los títulos de deuda.

Sin embargo esta exclusividad jurisdiccional encuentra el límite de la ejecución de la sentencia. El ámbito de ejecución de los fallos es el propio del territorio norteamericano, de modo que sólo los bienes del país deudor allí situados podrían ser alcanzados en forma directa. La ejecución de la sentencia sobre bienes situados en otros países dependerá del trámite de reconocimiento (*exequatur*), mediante el cual se abrirá una nueva posibilidad para la revisión del alcance territorial del fallo.

En este sentido importa advertir que la línea seguida por la jurisprudencia norteamericana no es unánime a nivel internacional. Por el contrario la doctrina de nuestra Corte Suprema se opone esencialmente, reconociendo el carácter de orden público y la constitucionalidad de las normas dictadas en tiempos de emergencia económica aún cuando afecten derechos patrimoniales de acreedores cuyos títulos fueran anteriores a la crisis, tesis que se ve acompañada por la jurisprudencia de la Corte de Casación Italiana y de la Audiencia de Madrid, lo cual marca una tendencia que permite vislumbrar un desarrollo jurídico internacional alternativo edificado sobre la base del concepto del *estado de necesidad* como eximente de responsabilidad y del reconocimiento de facultades al propio país deudor para ordenar las medidas y aplicar los recursos conforme su escala de prioridades para superar la crisis. Estos fundamentos rememoran la doctrina Drago en cuanto a la facultad del Estado deudor de definir el alcance y condiciones de pago de su propio pasivo, pero con el condicionamiento de que tales atribuciones sólo se considerarán legítimas en el marco de una crisis económica de gran escala que ponga en riesgo la estabilidad política y

social del propio Estado, como límite de hecho y prueba en los términos del laudo ruso-otomano y los antecedentes ya citados de la Corte Internacional de Justicia.

El surgimiento de esta jurisprudencia inaugura una nueva etapa que de un lado trae la consagración pretoriana del concurso preventivo del Estado, pero del otro plantea una aporía jurídica esencial dado que el resultado opuesto al que llegan los distintos jueces demuestra el alcance meramente territorial de las sentencias judiciales en materia de deudas soberanas, lo cual en definitiva agrega más incertidumbre a deudores y acreedores, poniendo en evidencia que la cuestión afecta la dimensión global o supranacional economía y en consecuencia resultan ineficaces o incompletas las soluciones locales.

a. Doctrina del estado de necesidad. Caso “Brunicardi”

Los fundamentos que expresa la Corte Suprema y el dictamen del procurador general en la sentencia del caso “Brunicardi” (*Fallos*, 319:2886 “Brunicardi, Adriano Caredio c/Estado nacional - BCRA s/cobro”, del 10/12/96), constituyen la cristalización de la doctrina del *estado de necesidad* en el ámbito nacional y su aplicación para legitimar los actos del gobierno respecto de la modificación de los compromisos financieros del Estado en el marco de la emergencia económica.

El caso da cuenta del planteo de un ahorrista respecto de la nulidad de las normas que disponían la prórroga de vencimientos de deuda pública (decr. 772/86 y las res. 450/86 y 65/87). La causa se sustancia y cumplidas las instancias ordinarias llega por recurso extraordinario al conocimiento de la Corte Suprema quien por unanimidad de votos declara la constitucionalidad de las normas puestas bajo revisión, estableciendo doctrina judicial sobre la legitimidad del Estado para decidir unilateralmente respecto de las condiciones de pago de su deuda pública en situación de grave crisis económica general.

La tesis central que expone el procurador general –y la Corte hace propia– reposa en la idea de que el Estado se exime de responsabilidad internacional si el acto legislativo o el decreto ejecutivo que desconoce, repudia, anula, suspende o modifica el servicio de su deuda se fundamenta en razones de necesidad financiera o de interés público. En sostén de esta postura realiza una extensa referencia al desarrollo jurídico, académico y político internacional referente a la doctrina del *estado de necesidad*, desde la irrupción de la doctrina Drago en 1902 hasta el texto aprobado en la trigésima sesión de la Comisión de Derecho Internacional (ONU) de 1980 que en su art. 33 incluyó a la fuerza mayor, el caso fortuito y el *estado de necesidad*, como circunstancias que eximen al país de responsabilidad internacional frente al incumplimiento de sus obligaciones financieras.

La selección de citas del dictamen pone de relieve que el desarrollo de la doctrina del *estado de necesidad* se interrumpe en la década del ochenta. Es que el predominio de la jurisprudencia de los tribunales de Nueva York unido a la gestión del Fondo Monetario Internacional, bloquearon la consideración de la situación de emergencia y crisis de los países, ocupando ese lugar una arquitectura jurídica contractual que sólo considera la letra del instrumento sin importar las circunstancias en que se celebró el compromiso o las sobrevinientes que alteran la economía del contrato, ignorando así institutos propios de la teoría contractual tales como la lesión o

el caso fortuito. Merced a ello para encontrar apoyo a su argumentación el procurador general debe remontarse tiempo atrás poniendo énfasis en la doctrina y jurisprudencia de la Corte Internacional así como en el temperamento de las potencias acreedoras en el ejemplo del acuerdo de Londres de 1953, concentrando un sustento jurídico interno basado en el orden constitucional y un sustrato internacional con apoyo en las fuentes disponibles en la materia¹⁴⁴, que conceptualmente se cristalizan en la decisión de la Corte “en cuanto a la existencia de un principio de derecho de gentes que permitiría excepcionar al Estado de responsabilidad internacional por suspensión o modificación en todo o en parte del servicio de deuda externa, en caso de que sea forzado a ello por razones de necesidad financiera impostergable” (consid. 16).

La riqueza argumental del fallo no se agota en la aplicación concreta de la doctrina del *estado de necesidad*, sino que también dirime la cuestión de la naturaleza jurídica del acto del empréstito público y sus modificaciones, al señalar que “Así como se ha calificado el acto original... como un acto de soberanía, también la modificación de su régimen participó de tal naturaleza, pues fue un acto unilateral del Estado destinado a proteger las reservas en divisas extranjeras de la nación ante razones de necesidad”, agregando luego que descarta el tratamiento del Estado deudor según el régimen de las obligaciones ordinarias no mereciendo el caso un enfoque iusprivatista porque los acreedores “adquirieron el título en un mercado internacional, en condiciones que presuponen el riesgo inherente a un negocio comprendido en el endeudamiento exterior de un Estado soberano” (consid. 18).

Teniendo en cuenta que cuatro años antes la Corte Suprema de los Estados Unidos se había pronunciado en sentido contrario en el ya citado caso “Weltover” de 1992, con el fallo “Brunicardi” se pone de manifiesto la intensión de nuestro máximo tribunal relacionado con la vigencia y constitucionalidad de la legislación argentina que modificó las condiciones de la deuda pública del país y la reivindicación de su competencia para dirimir toda cuestión donde esa legislación resulte aplicable. Y para que no quepan dudas lo señala sin disimulos: “la aplicación de estas normas es ineludible en jurisdicción argentina, cualquiera que fuese el lugar de pago del empréstito –advértase que en el decreto de creación se previeron las plazas de Nueva York, Francfort, Londres o Zurich, a elección el titular– y la ley a la que se hubiese sometido el mutuo internacional originario. Considérese que los tribunales locales se hallan inmediatamente obligados por las normas imperativas que emanan de la voluntad soberana del Estado del que reciben la *jurisdictio*, circunstancia que

¹⁴⁴ La extensa argumentación da comienzo con una cita del período de entreguerras: hacia fines de los años veinte, el secretario del Tesoro de los Estados Unidos de América, Andrew Mellon, proclamaba que “La insistencia en el cumplimiento de un convenio que supere la capacidad de pago de una nación, le serviría de justificación para negarse a cualquier arreglo. Nadie puede hacer lo imposible”. Por su parte, Walich señalaba que el principio de la santidad e inmutabilidad de los contratos “pasó a ser un lujo que ya nadie podía darse” (Walich, H., *The future of Latin American dollar bonds*, en “The American Economic Review”, jun. 1943, p. 322). En tanto que Adams afirmaba que “aun cuando deba preservarse el principio de la integridad de las obligaciones internacionales, es incontrovertible que no se puede exigir a un país que pague a otros gobiernos sumas que exceden de su capacidad de pago... Tampoco requiere la adopción del principio de la capacidad de pago que el deudor extranjero pague hasta el límite de su capacidad actual o futura” (Adams, Phelps H., *Strictly bussiness*, “North American Review”, sept. 1931, n° 232, p. 196 a 209).

no exime, no obstante, a los jueces de efectuar el control de la constitucionalidad propio de la función”.

La doctrina que dimana del fallo constituye una barrera al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en territorio nacional por causa o título anterior al dictado de las normas de emergencia económica, confrontando en forma expresa la visión *ius privatista* o mercantil pro acreedor en el análisis del endeudamiento soberano.

b. El Estado insolvente. Caso “Galli”

El caso “Galli” (“Galli, Hugo G. y otro c/PEN, ley 25.561, decrets. 1570/01 y 214/02 s/amparo sobre ley 25.561”, *Fallos*, 328:690), resuelto el 5 de mayo de 2005, significa la continuidad y ratificación de la doctrina del fallo “Brunicardi”, con la particularidad que en aquel antecedente la Corte evaluó la legitimidad de medidas gubernamentales para evitar la cesación de pagos, mientras que en este caso el *default* ya había sucedido, tal y como se advierte en el dictamen del procurador general.

Aquí la Corte Suprema toma intervención por vía del recurso extraordinario planteado por el Estado nacional, contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Administrativo, que confirmaba el fallo en primera instancia, respecto de la declaración de inconstitucionalidad de las normas que dispusieron la conversión a pesos de los títulos de la deuda pública expresados en moneda extranjera y reducción de los intereses pactados, por entender que tales modificaciones violaban el derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la Constitución. Cabe destacar que antes de la intervención de la Corte hubo dos instancias judiciales que postulaban el respeto a la literalidad del título de deuda, lo cual es un dato que destaca el funcionamiento de un Poder Judicial que contempló también los intereses y el derecho de los acreedores, dando muestras de independencia aún como poder del propio Estado deudor.

En el escrito de apelación el Estado defiende la constitucionalidad de las normas dado que eran el instrumento necesario para adecuar la deuda pública a las reales posibilidades de pago del gobierno nacional, sosteniendo que “se trata de medidas adoptadas en el contexto de una grave situación de emergencia económica, y ante la necesidad de superar la crisis teniendo en mira el interés público”. Finalmente, el fallo del tribunal cimero resolvió que, ante una situación de grave crisis económica, no se lo puede obligar al Estado a cumplir con sus obligaciones más allá de su capacidad financiera. En mérito de ello dispuso que los tenedores de bonos calificados de “elegibles” a los fines del “canje de deuda” que optaron por no adherir a la oferta estatal deberán aguardar hasta tanto el gobierno regule su situación, consagrando la constitucionalidad de las normas que hubieran modificado los términos de los empréstitos públicos, con fundamento en que la grave situación de crisis económica por la que atravesó el país tornó imposible atender el pasivo en tiempo y forma, circunstancia que determinó el deber del gobierno de respetar un orden de prioridades, donde el máximo privilegio lo detenta el financiamiento de sus funciones básicas y los servicios esenciales para la comunidad.

Como en “Brunicardi” la Corte reconoce un *derecho de gentes* que habilita al Estado para la afectación de los compromisos asumidos con los acreedores ante situaciones excepcionales que comprometan su supervivencia. La vigencia de las citas realizadas por el alto tribunal ponen de manifiesto la concordancia de la problemática actual con la de hace un siglo, como sustrato empírico que fundamenta el derecho natural de los pueblos a priorizar su sustento antes que cancelar sus deudas financieras. La concorde opinión de la doctrina en relación a lo expuesto se halla representada, entre otros, por la autoridad de Gastón Jéze, quien ya en su curso de 1935 en la Academia Internacional de La Haya (Recueil, t. 53, p. 391) expresó categóricamente que “se justificaría que un gobierno suspendiese o redujese el servicio de su deuda pública cada vez que se hubiesen de comprometer o descuidar los servicios públicos esenciales para asegurar el servicio de la deuda”. De ahí que, en otra oportunidad, expresó, de forma no menos categórica, que “es evidente que para pagar íntegramente a sus acreedores, un gobierno no va a paralizar los servicios de la defensa nacional, de la policía y de la justicia”.

Por otra parte, a propósito del laudo de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya relativo a un conflicto entre los imperios ruso y otomano, el prestigioso internacionalista Alfred von Verdross consideró que los dichos de la Corte testimoniaban “el principio de autoconservación” de los Estados en virtud del cual “los deberes internacionales no deben conducir hasta la destrucción de sí mismo”. De igual modo, y con sustento en lo resuelto en dos laudos que tuvieron como protagonistas a los Estados del Reino Unido y de Venezuela, los profesores de la Pradelle y Politis expresaron que de “la circunstancia de que la deuda sea cierta y no controvertida no se concluye que el deudor deba satisfacerla en su totalidad: se precisa, además, que el estado de sus finanzas se lo permita. Por tentados que nos sintamos a hacer abstracción de las particularidades de un empréstito público para someterlo al régimen de las obligaciones ordinarias, no cabe tratar al Estado que no puede pagar sus deudas más rigurosamente que a los particulares que quiebran o se arruinan” (del fallo, consid. 11, voto de los doctores Maqueda y Highton).

Con esta perspectiva la Corte Suprema consolida su doctrina respecto de que las normas dictadas para administrar los recursos públicos en el marco de la emergencia económica “implican un acto de soberanía del Estado” tendiente a “contemplar armónicamente las reales posibilidades de pago del Estado nacional y los intereses de los acreedores”, sellando así el carácter de acto *iure imperii* de tales normas y su prioridad sobre las disposiciones de los empréstitos financieros que se encuentren alcanzados, y va más allá profundizando el criterio al incorporar en forma expresa el concepto de insolvencia soberana como una cuestión fáctica que pone al Estado ante la necesidad de “encontrar respuesta en una solución ordenada que contemplara a la totalidad de los acreedores, procurando asignar a ellos un trato razonablemente equitativo, ya que en casos de insolvencia no son adecuadas decisiones que agotan su mira en un único acreedor o grupo de acreedores, a sabiendas de que a los restantes –de igual calidad y con créditos de análoga naturaleza– no podría otorgárseles –precisamente por la incapacidad de pago– el mismo tratamiento”.

De esta forma se establece por vía pretoriana la concursabilidad del Estado como facultad y obligación de sus poderes políticos, a quienes les corresponde evaluar el alcance de la crisis económica y ordenar las medidas que considere adecua-

das para sanearlas. En tal sentido el tribunal cimero revive y aplica la doctrina del *estado de necesidad* como eximente de responsabilidad por incumplimiento de deuda, reservando para el Poder Judicial la facultad de ponderar, en cada caso que ocurra tal situación de necesidad extrema, la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas y el trato igualitario a los acreedores. Dicho en otros términos, lo que el tribunal reconoce es la legitimidad de un poder de policía de excepción sobre el derecho de propiedad incorporado a los títulos de deuda pública, siempre y cuando se verifiquen crisis económicas de tal magnitud que comprometen la estabilidad política y social del Estado.

Con estas consideraciones y el *leading case* “Brunicardi” toma cuerpo una doctrina jurisprudencial, fuente de derecho positivo en el ámbito nacional, conforme la cual:

1) Las normas dictadas en el marco de la emergencia pública o *estado de necesidad* están –en principio– constitucionalmente habilitadas para afectar derechos adquiridos de los acreedores financieros.

2) La relación que se establece entre acreedor y deudor con origen en un empréstito del Estado, es de derecho público. Quien contrata con el Estado o compra deuda en el mercado secundario, conoce el riesgo y las atribuciones jurídicas del deudor.

3) El Estado puede caer en insolvencia, en cuyo caso el gobierno debe establecer criterios equitativos para respetar la regla de proporcionalidad y trato igualitario (*pari passu*) entre los acreedores.

4) El mérito, oportunidad y eficacia de las medidas adoptadas por el Congreso con destino a sanear el estado de necesidad o emergencia económica no son materia justiciable. El control de constitucionalidad por parte de los jueces se limitará a evaluar la existencia de la crisis, el trato igualitario de los acreedores y la proporción entre los medios empleados y el fin perseguido.

5) Ninguna cláusula contractual puede preveer privilegios de cobro para ningún acreedor que sean válidos frente a normas de orden público dictadas en el marco de la emergencia económica.

6) La justicia nacional es la competente para evaluar los límites constitucionales de las modificaciones que el gobierno disponga sobre la deuda pública, independientemente de lo establecido en los términos y condiciones de los títulos.

Tal y como ocurrió con otros precedentes de jurisprudencia nacional, como lo son los fallos “Siri” (*Fallos*, 239:459), “Kot” (*Fallos*, 241:291) y “Sejean” (*Fallos*, 308:2268) como antecedentes del reconocimiento de las acciones de hábeas corpus, amparo y divorcio vincular, la doctrina “Brunicardi” y “Galli” establece las bases para un procedimiento de reestructuración de deuda bajo la disponibilidad y el control de los poderes del Estado. La diferencia es que en aquellos ejemplos a la doctrina judicial le siguió el dictado de leyes que definieron los alcances de las acciones, mientras que en lo referente a la insolvencia del Estado la legislación no se modificó, resultado de lo cual tenemos un derecho a la reestructuración de la deuda reconocido constitucionalmente pero sin reglamentar, situación que genera incertidumbre respecto de su alcance y operatividad.

c. Normas de emergencia económica como acto de Estado. Casos “Borri” y “Pérez Celis”

Si bien los tribunales del Estado de Nueva York tienen actual preponderancia en orden al volumen de deuda ejecutable según los términos de los empréstitos soberanos, la atomización internacional de la deuda argentina llevó al Estado a ser encausado también en otras jurisdicciones. Los casos que podemos apuntar como más relevantes, por su confronte con los principios que emergen de la jurisprudencia norteamericana, son el decidido por la Corte de Casación italiana en mayo de 2005, en forma casi simultánea con el citado precedente “Galli” de nuestra Corte Suprema, y el que, con similares fundamentos, dictó en octubre del 2007 la Audiencia de Madrid, España.

Respecto del primero la causa fue promovida por un ahorrista italiano, Luca Borri, ante los tribunales de la ciudad de Florencia, y tuvo por objeto la ejecución de los títulos de obligaciones (denominados “*global bonds*”) que vencían en abril de 2008. La demanda se fundamentó en el estado de insolvencia proclamado por la Argentina a comienzos de 2002, situación que motivó el dictado de la ley 25.561 declarando la “emergencia pública en materia social, económica y financiera”. El argumento del actor fincó en que la colocación de títulos de la deuda pública en el mercado internacional había constituido una actividad económica de mero derecho privado, equiparable a la desarrollada por cualquier sujeto deudor que emite obligaciones en virtud de préstamos y financiaciones recibidas por los inversionistas, no pudiéndose configurar esa misma actividad como una manifestación de un poder soberano.

La Corte Suprema de Casación Italiana, analizando tales consideraciones, efectúa una distinción entre los actos de emisión y de colocación de deuda en el mercado financiero internacional con aquellos que establecen normas de emergencia económica. Concluye que la emisión de deuda tiene naturaleza privada (*ius gestionis*), quedando en su mérito habilitada la competencia del tribunal extranjero. Sin embargo inmediatamente se pone a la consideración de las normas de emergencia adoptadas por el Estado argentino (leyes 25.561, 25.565, 25.725, 25.820 y 25.827 y res. 73/02), observando que en ellas se encontraba en juego la tutela de las necesidades primarias y de supervivencia económica de la población en un contexto histórico de grave emergencia nacional, y que por lo tanto el derecho humano comprometido en las mismas tiene mayor jerarquía que el interés de los acreedores en que se respeten los términos literales de los títulos, sentenciado en consecuencia que tales normas comportaban un Acto de Estado (*iure imperii*) porque representaban la preponderancia de los intereses de la colectividad organizada por el Estado, y por lo tanto eran insusceptibles de ser juzgados por tribunales extranjeros.

Con tal fundamento el fallo dictado en instancia definitiva por la Corte de Casación Italiana establece una doctrina jurisprudencial que otorga competencia al tribunal extranjero para ejecutar deuda pública de un Estado *in bonis* –en cuyo aspecto coincidió con la jurisprudencia norteamericana particularmente con el precedente “Weltover” de 1992– pero no así en el caso que Estado deudor caiga en insolvencia y así lo manifieste mediante normas generales que comprenden los títulos que motivan el pleito. En otras palabras, la jurisprudencia de la Corte de Casación Italiana dispone que la decisión unilateral de interrumpir los pagos por parte del Estado con miras a la protección de las necesidades básicas de su población, constituye una

normativa que no puede ser analizada en cuanto a su legitimidad por la jurisdicción extranjera y, consecuentemente, goza de inmunidad soberana por tratarse de un Acto de Estado o *iure imperii*.

La breve sentencia traza con elocuencia una línea divisoria que aporta claridad a la temática que estamos analizando: las potestades del tribunal extranjero se encuentran vigentes en los términos previstos en los títulos de deuda pero no incluyen el control de razonabilidad y constitucionalidad de las leyes de emergencia pública, en tanto su declaración es de competencia exclusiva del Estado deudor como facultad inalienable e inherente a su soberanía. De este modo la Corte de Casación Italiana expresa su coincidencia con el fallo dictado en primera instancia –luego revocado– en el caso “Allied”, haciendo propia la doctrina norteamericana del Acto de Estado para inhibirse de analizar y disponer sobre el alcance, validez y vigencia de un acto dictado por los poderes de una nación extranjera, con el agregado o la condicionalidad de que debe tratarse de normas que afecten el derecho del acreedor en el marco del *estado de necesidad* o emergencia económica.

Con base en la doctrina del fallo tendremos que la admisión de la inmunidad sólo relativa del Estado extranjero no anula la validez de su derecho interno, el cual tendrá preeminencia sobre cualquier otro compromiso cuando se trate de la afectación general de la economía del Estado deudor, vale decir que no implique una modificación de los términos de un contrato en particular sino la alteración de derechos en similares condiciones (*pari passu*) para todos los contratantes del Estado por los efectos propios de la insolvencia, quedando para los tribunales del Estado deudor la tarea de dirimir lo que corresponda respecto de la constitucionalidad de las normas de conformidad con su ordenamiento jurídico.

La cercanía temporal entre los fallos “Galli” y “Borri”, la consideración de la misma legislación y la referencia a los mismos hechos críticos de la economía Argentina, consolidan una tendencia de base jurisprudencial en el reconocimiento de la jurisdicción improrrogable del deudor soberano para dictar la normativa con destino a paliar la emergencia económica general, que se traduce en la admisión de los tribunales locales de la doctrina del *estado de necesidad* como eximente de responsabilidad internacional.

Y queda por mencionar el caso tramitado en jurisdicción de Madrid. Aquí demandaban dos ahorristas, Julián Pérez Celis y Ángela Ramos Lozano, al Estado argentino por incumplimiento del valor nominal de un bono, intereses, daños y perjuicios y costas. Pero ante la defensa argentina a tenor de la vigencia de la normativa de emergencia económica, el magistrado se declara incompetente con fundamento en que: “la suscripción por el demandante de las obligaciones argentinas... tras la suspensión de pagos de la República Argentina, dictada la ley de emergencia 25.561, y el diferimiento de pagos en resoluciones 73/02 y 158/2002 del Ministerio de Economía y decreto de reestructuración de la deuda 1755, no pueden en absoluto considerarse como actos realizados *iure gestionis*, sino *iure imperii*, ya que la suspensión del pago de la deuda, su diferimiento, y reestructuración, motivo de la reclamación del actor son manifestación de soberanía del Estado argentino que actúa en el uso de sus competencias y habilitado por la ley, por lo que la justa reclamación de los actores debe seguirse ante los tribunales de aquella República, únicos com-

petentes para controlar la actividad administrativa del Estado conforme a las leyes soberanas que les regulan”.

La causa, llevada en instancia de apelación ante la Audiencia Provincial Sección nº 18 de Madrid, se resuelve en el mismo sentido reforzando los fundamentos del fallo de grado: “la renuncia a la inmunidad de jurisdicción puede producirse en aquellos actos que no corresponden a la soberanía de Estado que renuncia sino que son actos de mera gestión o tramitación económica, pero no a supuestos en que lo que se manifiesta es un poder claro de la soberanía del Estado, como es la promulgación de la legislación excepcional como consecuencia de una situación de crisis económica en el citado Estado que obliga a la suspensión del abono de los intereses y a la transformación de los bonos emitidos por otros de mayor vencimiento y menor retribución por vía de intereses, por tanto si sería válida la renuncia a criterio de esta Sala a la inmunidad de jurisdicción en cuanto a la vida y desarrollo normal de los bonos emitidos, esto es todo cuestión relativa al cálculo de los intereses que se generan a la fecha de vencimiento de los bonos ordinaria fijada en el contrato de emisión, y a todas las vicisitudes normales de la vida de estos bonos, estarían sometidos a la jurisdicción de los tribunales españoles en virtud de la renuncia hecha a la inmunidad de jurisdicción y al sometimiento expreso a los juzgados y tribunales de Madrid, pero lo que ha ocurrido en el presente caso no es algo relativo a la vida normal de la citada emisión de bonos, sino a la interferencia en dicha vida normal de una legislación excepcional promulgada por la República Argentina como consecuencia de esa situación económica excepcional a que antes hicimos referencia, y ello por tanto es un acto claro de soberanía del Estado que no puede ser juzgado ni enjuiciado por tribunales extranjeros, debiendo plantear cuantas cuestiones crea conveniente ante la jurisdicción de los tribunales de la República Argentina”.

Con gran elocuencia el tribunal aporta un nuevo argumento para caracterizar el Acto de Estado en la normativa de emergencia dictada por el país deudor, a partir del deslinde entre el curso o “vida normal de los bonos” de deuda como actos de gestión pasibles de renuncia jurisdiccional (*iure gestionis*) y la excepcionalidad que plantea la crisis económica como causa para alterar aquella renuncia mediante una expresión de soberanía que se concreta en el régimen jurídico que se ordene a subsanarla (*iure imperii*).

d. Exequátur de sentencia extranjera y normativa de emergencia. El caso “Claren”

Ante la disparidad de criterios jurisprudenciales respecto de las atribuciones de competencias, tendremos que en algunos casos se dictará condena fundada en los términos del empréstito, mientras que en otros se encuadrará la cuestión bajo el paraguas de la emergencia económica y las normas dictadas en su consecuencia. Toda vez que no existe un tribunal de casación que unifique la jurisprudencia de los distintos países, las sentencias serán ejecutables en el territorio del Estado del foro, pudiendo extender su alcance en aquellos países cuyos tribunales la reconozcan válidas para la afectación de bienes situados en su territorio y pertenecientes al Estado deudor que hubiera sido condenado al pago.

La referida doctrina de la Corte Suprema expone un criterio claro respecto de la constitucionalidad de las normas dictadas por el Estado durante la emergencia económica. Pero la oportunidad para confirmar tal doctrina dependía de la acción de

algún acreedor, en tanto, como ya dijimos, es quien tiene la legitimación activa para promover el juicio de ejecución. Y esa oportunidad llega con el reciente fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 6 de marzo de 2014, en la causa “Claren Corporation c/Estado nacional s/exequátur”.

En el caso la firma actora inicia juicio en el ámbito nacional a fin de que se reconozca la eficacia de la sentencia dictada por el juez Thomas Griesa en el Distrito Sur de Nueva York, Estados Unidos de América el 12 de diciembre de 2007, mediante la cual se ordena al Estado argentino a pagar a Claren Corporation las obligaciones asumidas en virtud de los bonos externos globales 2017. En instancia de apelación la Sala V, de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, mediante sentencia del 30 de diciembre de 2010, decide el rechazo de la demanda con fundamento en que: “Los principios del derecho de gentes relacionados con los límites en la capacidad de pago de los Estados en situación de crisis severa, y el principio de igualdad de trato de todos los acreedores constituyen claros indicadores de que la sentencia extranjera no puede ser reconocida. Ello en tanto vulnera principios de derecho público recogidos por la legislación argentina del cual emanan las normas antes reseñadas, que procuraron establecer, ante una grave situación de emergencia, un mecanismo compatible con el tratamiento igualitario de los acreedores. El reconocimiento de la sentencia extranjera importaría brindar, ante una misma situación jurídica, un trato de privilegio a ciertos acreedores ubicados en igualdad de circunstancias que otros, ya que la consecuencia pretendida sería la ejecución de la sentencia en contradicción con la voluntad del Congreso o con normas dictadas por el Poder Ejecutivo en consonancia con aquélla”¹⁴⁵.

El fallo confirma lo decidido en la sentencia de primera instancia, en la cual, con cita del referido caso “Borri” de la Corte de Casación Italiana, la señora jueza se expresa con la misma contundencia acerca de la legitimidad de las medidas de reestructuración de deudas decididas unilateralmente por el Estado: “el acto de cesación de pagos, dictado como consecuencia de las apremiantes circunstancias de emergencia pública, en virtud de lo dispuesto por la ley 25.561, constituye una expresión de la voluntad soberana de la República Argentina, un acto de gobierno, respecto del cual, el Estado argentino no ha prorrogado su jurisdicción. En consecuencia, úni-

¹⁴⁵ La cita corresponde al voto del doctor Treacy. Por su voto el doctor Alemany manifestó: “las sucesivas leyes que ordenaron el diferimiento del pago de los títulos de la deuda forman parte del orden público argentino y, por ello, en la especie no se satisface el requisito establecido en el art. 517, inc. 4° del Cód. Proc. Civil y Comercial, de conformidad con el cual la sentencia cuyo exequátur se demanda no debe afectar los principios del orden público argentino (cfr. *Fallos*, 305:2218; 312:1058; 329:478)”. “Mediante las sucesivas leyes ya mencionadas se dispuso el diferimiento, es decir, un plazo indeterminado de espera, hasta que concluya el proceso de renegociación de la deuda. Además, como se dijo, en el art. 3° de la ley 26.017 se prohibió al Estado nacional cualquier tipo de transacción con respecto de los bonos elegibles para el canje; y en la ley 26.547 se prohibió ofrecer a los acreedores que hubieran iniciado acciones judiciales condiciones más favorables que a aquellos que no lo hubieran hecho. Tales preceptos integran el orden público argentino, porque constituyen derecho imperativo e inderogable, en la medida en que sólo con arreglo a ellos resulta posible obtener, en el país, el pago de los títulos. Al sancionarlas, el Congreso de la Nación ha procurado asegurar la marcha regular de la administración del Estado y, al mismo tiempo, conjurar las consecuencias de la crisis, de la que el apelante pretende que lo considere inmune... Lo expuesto no obsta a que el Estado nacional tome nota de la existencia de la sentencia y del reclamo, y lo tenga en cuenta a los fines previstos en las leyes que ordenan el proceso de reestructuración y renegociación de la deuda”.

camente puede concluirse que el proceso llevado a cabo en el Distrito de Nueva York, en el que se dictó la sentencia cuya eficacia es traída a mi conocimiento, ha desconocido el principio de inmunidad soberana respecto del Estado argentino, lo que evidencia –tal como se explicara en el consid. II– el incumplimiento de lo dispuesto por el citado art. 517, inc. 4 del Código Procesal, e impone, inexorablemente, el rechazo de la presente acción”¹⁴⁶.

Llegadas las actuaciones a conocimiento de la Corte Suprema, se requiere la intervención de la procuradora general quien dictamina a favor de la confirmación del fallo recurrido citando los antecedentes de la propia Corte –especialmente “Brunicardi” y “Galli”– como: “una doctrina de amplios alcances en lo concerniente a las facultades del Estado, respecto de la posibilidad de que en épocas de graves crisis económicas limite, suspenda o reestructure los pagos de la deuda para adecuar sus servicios a las reales posibilidades de las finanzas públicas, a la prestación de los servicios esenciales y al cumplimiento de las funciones estatales básicas que no pueden ser desatendidas”.

Inmediatamente echa luz sobre la cuestión central para el entendimiento de la causa en tanto diferencia el carácter de acto *iure gestionis* del empréstito de la naturaleza *iure imperii* de la normativa de emergencia pública que modifica las condiciones del anterior en la misma línea de lo expresado por la Corte italiana: “cabe descartar la tesis de la actora según la cual las modificaciones introducidas al servicio de la deuda documentada en los bonos externos globales 1997-2017 habrían de ser tenidas por meros actos *iure gestionis*, esto es, simples actos de naturaleza comercial equivalente a la de los actos por los cuales se emitieron los bonos. Antes bien, el proceso de reestructuración articulado en las propuestas de canje de títulos debe ser calificado como un acto *iure imperii*: un acto de gobierno realizado por un Estado soberano dentro del conjunto de políticas públicas que arbitró para garantizar su continuidad, recomponer las instituciones que habían colapsado, disparar y afianzar el crecimiento, recobrar el sistema financiero y el comercio exterior, y atender las necesidades fundamentales de una población desahuciada tras la crisis que hizo eclosión en diciembre de 2001”.

El alto tribunal hace propio el dictamen sellando la cuestión al establecer que “las normas dictadas por los órganos constitucionalmente habilitados, y mediante las cuales el Estado nacional ejerce tales facultades, integran el orden público del derecho argentino, por lo cual no puede concederse el exequátur a la sentencia de un tribunal extranjero que es claramente opuesta a esas disposiciones”.

Esta sentencia constituye la aplicación práctica de la doctrina de la Corte expuesta en los citados casos “Brunicardi” y “Galli” en cuanto a la admisibilidad de la reestructuración del pasivo estatal con similares características al concursamiento preventivo de entes privados, uno de cuyos efectos es el fuero de atracción de las causas por causa o título anterior el cual, traducido al empréstito público, lo ejercerán los jueces de la nación respecto de aquellos créditos anteriores a la fecha de entrada en vigencia de las normas de emergencia económica.

El ejemplo tiene particular trascendencia porque constituye la primera oportunidad en que los tribunales argentinos se pronuncian acerca de la invalidez de las sen-

¹⁴⁶ JuzNContAdmFed n° 9, 2/3/10, “Claren Corporation c/Estado nacional s/exequátur”.

tencias extranjeras dictadas con relación a deuda externa de nuestro país. Al respecto coincidimos con Conesa¹⁴⁷ quien, aún antes del dictado de las leyes de gencia económica, consideró que la ejecución de sentencias contra el Estado nacional por motivos de deuda pública no superan el confronte del art. 106 de la Constitución nacional cuya disposición acerca de la jurisdicción de los tribunales de nuestro país para las demandas contra la nación prevalece frente a cualquier contrato mediante el cual se pretenda fijar la jurisdicción extranjera, y consecuentemente el fallo extranjero debe ser considerado nulo a todos los efectos de su ejecución en el ámbito de nuestro país.

Sin embargo, la observación efectuada al comentario del fallo “Galli” resulta aplicable también en el ámbito internacional, porque la carencia de una norma general de derecho público internacional, conduce a una amplia casuística conforme la cual en algunas jurisdicciones se reconocerá al eximente de responsabilidad por necesidad del Estado deudor como un principio universal de *ius cogens*, mientras que en otras se lo considerará una doctrina controvertida que no afecta ni deroga el derecho privado local.

Un ejemplo es la regla establecida por la Corte Constitucional alemana mediante la sentencia dictada el 8 de mayo de 2007 sobre el caso de la deuda pública argentina en cesación de pagos¹⁴⁸, en donde la controversia se refleja en las opiniones divergentes de los miembros del tribunal. La tesis mayoritaria toma en consideración fallos arbitrales y opiniones doctrinarias controvertidos sobre la materia, concluyendo que “La invocación del estado de necesidad es reconocida habitualmente por el derecho internacional en aquellas relaciones entre sujetos de derecho internacional, por el contrario, no existe evidencia que otorgue convicción jurídica (*opinio juris sive necessitatis*) para extender la justificación legal por invocación del estado de necesidad en derecho privado con acreedores privados”. Mientras que el voto minoritario se alinea con la argumentación expuesta en sentencias anotadas en este capítulo; en contraste con el voto mayoritario entiende que la eximición de responsabilidad del Estado por motivo de necesidad no se funda en la causa de la obligación sino en la situación del deudor, concluyendo, con expresa cita del fallo “Borri”, que carece de sentido la diferencia entre acreedor de derecho público internacional y deudor privado para la aplicación y reconocimiento de la doctrina del *estado de necesidad* por los jueces domésticos, en tanto de lo que se trata es de evaluar la situación subjetiva del deudor y no la naturaleza del acto por el que se lo está juzgando.

De este modo queda planteada una metodología para la solución de conflictos de deuda soberana en tribunales locales en plena evolución, que sirve para repasar argumentaciones dogmáticas sobre la materia pero que poco aporta a una definición cierta y universal. Con este panorama, y pese a que las crisis financieras que afectan los compromisos de pagos externos de los países deudores resultan una problemática actualmente frecuente y en la que se encuentran potencialmente afectados todos los países del mundo, el ordenamiento jurídico sólo ofrece soluciones *ad*

¹⁴⁷ Conesa, *Argentina: Como convivir con el default*, p. 78, al respecto afirma “las sentencias de un juez del Estado de Nueva York condenando a la Argentina a pagar a tenedores de bonos es nula, o tal vez como dice Goldschmidt, inexistente. Como tal, cuando ese documento llegue a manos de un juez argentino, para ser ejecutada, éste la debe considerar nula, o inexistente, por ser contraria al orden público internacional argentino”.

¹⁴⁸ Disponible en www.bverfg.de/entscheidungen/ms20070508_2bvm000103en.html.

hoc y *ex post*, es decir construidas para el caso individual y luego de que la crisis estalla y produce sus efectos, circunstancia que alerta sobre la necesidad de establecer normas generales de derecho internacional público como marco jurídico que permita *ex ante* definir los requisitos de admisibilidad y las pautas procedimentales para cobertura de las naciones deudoras en cesación de pagos.

5. Resolución de conflictos de impago de deuda pública en el tiempo y el espacio

Se suele reconocer al derecho mercantil como una categoría histórica porque su configuración y desarrollo van de la mano de la evolución del comercio y la economía. Otro tanto cabe decir entonces de la solución de los conflictos provocados por la falta de pago de deuda pública. El repaso de las etapas históricas del modo como se enfoca la cuestión durante el último siglo es una muestra de ello.

En este sentido podemos decir que la determinación histórica está actualmente en una fase crítica porque se le suma una determinación espacial en la que conviven la tesis de derecho privado y matriz contractualista, que expresa el derecho norteamericano, y la antítesis de derecho público, que trae nuestra jurisprudencia con apoyo de fallos en jurisdicción española e italiana, sin que se vislumbre aún un horizonte de síntesis en el consenso internacional.

La cuestión abre paso a una mirada sobre las propuestas que se formularon en este sentido y deja lugar para una evaluación que se actualiza al ritmo de la dinámica propia de los ciclos económicos.

Capítulo VI INSOLVENCIA SOBERANA

Lo expuesto en el capítulo anterior muestra que la falta de cumplimiento de los pagos de la deuda pública por parte de un Estado se enmarca en el contexto de una grave crisis económica del país, de modo que la decisión del gobierno de cesar en los pagos no responde a un mero cambio de política económica o al ejercicio abusivo del atributo de soberanía, si no que refleja en muchos casos la única opción ante la escasez de recursos y el consecuente dilema de optar entre el cumplimiento del pasivo social o el pasivo financiero.

Pero este es sólo un aspecto de la problemática del endeudamiento público, el que se corresponde con la proyección de sus efectos cuando la falta de cumplimiento resulta inevitable. El otro tiene que ver con las causas, es decir con el origen de un endeudamiento nacido bajo el auspicio de un marco jurídico que crea incentivos para que financistas y funcionarios de gobierno lo desarrollen sin beneficio para los Estados y, por consiguiente, para su población. Desde esta otra perspectiva entonces puede advertirse que en la matriz del endeudamiento público se encuentra un factor determinante de la crisis económica general del Estado, para que ambos, endeudamiento y crisis económica del Estado, pasen luego a establecer una relación mutua de causa y efecto.

A esta conclusión se puede arribar siguiendo el método deductivo. Partiendo de la base que: los Estados nacionales concentran múltiples obligaciones económicas que dimanen de su finalidad como promotora del desarrollo de su población, y teniendo en cuenta que para atender a esa finalidad se requiere de una infraestructura en el área de salud, educación, previsión social, seguridad, etc., que demandan permanentes y relativamente estables cantidades de recursos fiscales, resultará que si el Estado toma deuda financiera para cubrir sus gastos corrientes, el pasivo de los años siguientes se verá incrementado por los intereses de las anteriores deudas más el déficit del año en curso. Tal situación es sólo sostenible en la medida que el crédito público se renueve permanentemente, es decir mientras no se destinen recursos propios al pago de deuda, de otro modo el Estado no contará con suficiente liquidez para afrontar sus gastos regulares y mucho menos sus compromisos financieros, detonando incumplimientos de deuda que alimentarán la situación de crisis general de la economía¹⁴⁹.

La realidad actual muestra numerosos ejemplos para verificar este esquema, pero es preciso diferenciar la situación de los países que se endeudan en moneda local de aquellos que lo hacen en moneda extranjera, no ya porque la descripción no fuera formalmente válida en ambos casos, sino por la autonomía con que el gobierno pueda manejar los pagos de deuda para contener la crisis económica. Cuando el endeudamiento es en moneda local el gobierno del Estado deudor conserva la posibilidad de emitir su propia moneda para cubrir el pasivo, circunstancia que lo aleja de la probabilidad de caer en cesación de pagos, con el recurso a emisión de dinero y colocación de nueva deuda, mientras que en el supuesto del pasivo en moneda extranjera el Estado deudor se ve obligado a conseguir esa moneda, situación que, ante una crisis económica o de balanza exterior, lo colocará en riesgo de incumplimiento fáctico de pagos.

Un claro ejemplo de deuda denominada en moneda local es el actual pasivo de los Estados Unidos, ya que desde su decisión unilateral de anular la convertibilidad del dólar en oro (administración Nixon, 1971¹⁵⁰) el riesgo de *default* pasa por el

¹⁴⁹ Raffer, Kunibert, *Deuda externa y procedimiento de arbitraje internacional*, 2001, disponible <http://homepage.univie.ac.at/kunibert.raffer/CAPITUL9.pdf>: "Si el servicio de interés contractual es m%, pero se paga sólo n% (con $n < m$), el total de las deudas crece por la diferencia $(m-n)$ % por año. La capitalización del interés no pagado hace multiplicar el stock de la deuda por $(1 + (m-n)(k-1))$ después k años, siendo m y n constantes y suponiendo que el primero de los atrasos se produce al fin del primer año. El stock de la deuda acrecienta a medida que se prolonga el período considerado, haciendo aún más imposible su pago final... La deuda entre el servicio de deuda contractualmente comprometido y el servicio efectivamente pagado se amplía aunque el deudor pague constantemente más servicio de la deuda en dólares, posiblemente debido al efecto 'exprimidor' de los ajustes estructurales impuesto por las instituciones de Bretton Woods. No obstante, en los libros de los acreedores, las deudas se acumulan con proporciones crecientes hasta convertirse en deudas totalmente impagables".

¹⁵⁰ Urquidí, Víctor L., *Bretton Woods: un recorrido por el primer cincuentenario*, disponible en www.gobernanzamedioambiental.org/brugger_new/wp-content/uploads/2011/01/lectura_6.pdf, p. 15: "En 1971 la influencia del FMI, que se había demostrado muy débil en cuanto a los países industrializados, sufrió un grave revés que afectó a todos los países 16 miembros, al abandonar el gobierno de Estados Unidos, en forma unilateral, la paridad del dólar con el oro, que era el puntal del sistema de paridades del FMI. Se dio así fin al Pacto de Bretton Woods en cuanto a estabilización monetaria, ya que se generó de inmediato el sistema o régimen de monedas flotantes que todavía subsiste, quedándole al FMI solamente la facultad de vigilar las altas y bajas de un nuevo 'sistema monetario internacional' que dependía más que nunca de la voluntad y la acción unilateral de los principales

acuerdo político para fijar el límite de endeudamiento, toda vez que su moneda –al menos hasta el presente– es aceptada globalmente como instrumento de pago y ahorro, y en mérito de ello cuenta con la posibilidad de solucionar problemas en su economía real o de endeudamiento mediante mayor emisión de dinero o de nueva deuda, tal y como resultó en la crisis del 2008 y 2011¹⁵¹. Pero la posición de países hegemónicos que aún conservan la capacidad de imponer su propia moneda para sanear su déficit y cancelar sus deudas financieras, resultan ser la excepción. Del otro lado se encuentran cada vez más naciones comprometidas en moneda extranjera o bien en moneda regional (euro), que ante un sobreendeudamiento insostenible terminan con el dilema de una renegociación en los términos impuestos por el mercado financiero o la cesación de pagos, en cuyo caso el propio endeudamiento termina siendo un factor determinante de la crisis económica general.

El ejemplo es el proceso de endeudamiento del Estado argentino desde fines de la década del setenta hasta el cese de pagos de 2002¹⁵². Su génesis se encuentra una fase de endeudamiento acelerado a partir del 1977 del sector público y también del sector privado nacional, que luego se consolida como un todo en la cuenta del pasivo estatal mediante un régimen de seguros de cambio implementado a partir de 1981¹⁵³. Paralelamente se genera un proceso de eliminación de los controles

países industrializados. Al FMI no le quedaron medios de ayudar a controlar los movimientos especulativos de capital. Sólo podía dar consejos a los gobiernos que tuvieran necesidad de recursos en efectivo o de contingencia del propio FMI. Estas operaciones se han llevado a cabo casi exclusivamente con los países en desarrollo, cuyo número fue creciendo con gran rapidez”.

¹⁵¹ Bauman, *Esto no es un diario*, refiriéndose al sobreendeudamiento de EEUU señala: “Según dice Marie de Vergès en Le Monde de hoy, un banquero francés minimizó todo el asunto: el Tesoro de Estados Unidos, afirma, puede pagar todas las deudas imprimiendo dólares a voluntad” (p. 227).

¹⁵² Damill, Mario - Frenkel, Roberto - Rapetti, Martín, *La deuda argentina. Historia, default y reestructuración*, en p. 8 exponen el gráfico de evolución del endeudamiento, resumiendo el proceso en p. 10: “la Argentina atravesó una fase de apertura financiera y endeudamiento acelerado entre 1977 y 1982, la que concluyó en fugas masivas de capitales, crisis cambiaria y financiera, devaluación y *default*. Le siguió un largo período de racionamiento en los mercados externos de fondos entre 1982, el año de la crisis de la deuda latinoamericana, y 1990. Sobrevino luego la tercera etapa: se trató nuevamente de un lapso de apertura financiera y endeudamiento acelerado, entre 1991 y 2001, en el que se observan nuevamente muchas características que habían estado también presentes en la fase que concluyera en 1982. Esta es la etapa de la convertibilidad, que desembocaría asimismo en fugas de capitales, crisis cambiaria y financiera, *default* y devaluación, llevando finalmente al reciente proceso de reestructuración de la deuda”.

¹⁵³ Forero, Néstor R., *Presentación judicial por la deuda externa argentina 1981 a 1987*, disponible en <http://elclubdelapluma.bligoo.com.ar/presentacion-judicial-por-la-deuda-externa-argentina-de-1981-a-1987>: “La Comunicación ‘A’ BCRA 31 del 5/6/81 es el primer régimen de seguros de cambio para deudas externas, por la misma se le garantiza al deudor privado la tasa de cambio inicial cobrando una prima de garantía, con el requisito de postergar el vencimiento de la deuda a 540 días. La Comunicación ‘A’ 33 estableció un nuevo subsidio directo para los deudores privados a cargo de las finanzas públicas, equivalente a 23 centavos por cada dólar de deuda, basado en la diferencia de cotización de la moneda extranjera entre los días 29/5/81 y el 2/6/81 (\$ 3284 - \$ 4267 respectivamente). Es decir que la comunicación de marras fechada el 10/6/81 establecía una norma retroactiva que beneficiaba a los deudores privados. Las posteriores Comunicaciones implementaron una serie de medidas complementarias que ampliaron los beneficios a los deudores privados, disminuyendo la prima de garantía una y otra vez. El régimen se suspendió en diciembre de 1981, pero se reinició el 28/5/82 con la Comunicación ‘A’ 129, con una prima del 3% sobre el tipo de cambio inicial. Siendo ministro de Economía José Dagnino Pastore y presidente del BCRA Domingo F. Cavallo, se puso en marcha un nuevo régimen de seguros de cambio (Comunicación ‘A’ 136 y ‘A’ 137 del BCRA). Esta nueva norma permitió la incorporación de préstamos contraídos por el sector privado anteriores al 6/7/82, incluyendo los préstamos no acogidos por el anterior régimen, siempre que se renovara el

cambiarlos a las operaciones privadas por cuenta de capital, que habilitaba la transferencia de divisas al exterior, cerrando un circuito de dinero con el endeudamiento del Estado nacional por un importe similar al de los depósitos en el exterior de residentes en el país. De una deuda externa total de 7,8 mil millones de dólares al momento del golpe de Estado del 24 de marzo de 1976, se pasaba a fines de ese mismo año a los 8,3 mil millones, y a fines de 1982 alcanzaba los 43,6, es decir un incremento del 459%, mientras que las reservas en la misma moneda se pasaban de 1,8 mil millones a 3,2, o sea un aumento de sólo el 77%. De este modo nacía un endeudamiento público ilegítimo –en el citado fallo arbitral “Tinoco” de 1923 se consideró ilegítima e inoponible al Estado la deuda externa contraída por un gobierno de facto sin beneficio para el país con conocimiento del acreedor– que pronto se instala en la economía nacional como una enfermedad crónica. A partir de allí los mismos intereses multiplicaron la deuda llegando a 1990 a la acumulación de un pasivo de U\$S 65 mil millones. Con la década siguiente se inicia una nueva etapa. El plan Brady (1989) constituye el hito a partir del cual el crédito soberano, fundamentalmente de origen bancario o proveniente de organismos internacionales, pasa a estar titularizado mediante bonos del propio Estado, dando lugar a un nuevo auge del endeudamiento público, que es “aprovechado” por el gobierno argentino para implementar una política tendiente a postergar *sine die* el pago de las obligaciones financieras, renegociando vencimientos y tomando nueva deuda, como aplicación práctica de un modelo de recalendarización permanente de la deuda soberana que suponía a la vez el carácter perenne de la deuda pública¹⁵⁴. De este modo se desarrolla un endeudamiento bajo el efecto “bola de nieve” que aumenta a un ritmo sostenido promedio de tres puntos del producto bruto interno entre 1977 al 2001, pasando de una relación (deuda / PIB) del 15% a otra de más del 80%. Al tiempo que se incrementa la deuda por su sola inercia el sistema financiero adquiere mayor preponderancia en la economía del país, merced a que cada renovación de vencimientos implica una nueva emisión y negociación donde son los acreedores quienes ponen las condiciones.

Y esta *financiarización* de la economía tiene como efecto no sólo el empobrecimiento del país sino también el aumento de los niveles de desigualdad social. Si el primer período de auge de endeudamiento (1976-1982) culminó con la estatización de la deuda privada y un compromiso de pagos de intereses por parte del Estado del

crédito en un plazo que variaba entre uno y cinco años, garantizándole el tipo de cambio y el cálculo de la prima de garantía se establecía entre la diferencia entre la inflación interna y la internacional, es decir, se desenganchaba la prima de garantía del precio de la moneda extranjera en el mercado local, ligándola al diferencial de la tasa de inflación. A partir de la Comunicación ‘A’ 229 del 24/9/82 se modificó el tipo de cambio la tasa futura establecida por la Comunicación ‘A’ 137. Con la Comunicación ‘A’ 252, se modificaba el cronograma de vencimientos de las obligaciones, pero sin afectar el subsidio otorgado. El deudor privado pagaba en pesos el principal y la prima de garantía (con lo que se concretaba el subsidio) y el BCRA le abonaba al acreedor mediante uno de dos instrumentos financieros en dólares, nos referimos a la obligación en dólares denominada ‘Promissory note’ y ‘Bonod’, con una amortización a 42 meses. Por su parte, las deudas privadas que no hubieran sido estatizadas obtuvieron una nueva operatoria. La autoridad monetaria reconocía que la diferencia entre el tipo de cambio vigente al inicio de la operatoria y el vigente al momento de la renovación debía ser entregado como subsidio al deudor, en este caso, como bono de absorción monetaria, que consistía en un depósito indisponible a nombre del deudor, que devengaba un interés del 8% anual, con 2 años de gracia y amortización en 7 cuotas semestrales a partir del vencimiento del período de gracia”.

¹⁵⁴ Bulow, Jeremy - Rogoff, Kenneth, *Journal of political economy*, vol. 97, n° 1, The University of Chicago Press, 1989.

orden del 70% de la exportaciones, en la segunda fase, que abarca la totalidad de la década del noventa, el modelo se consolidó y amplió, llegando a admitirse la entrega de bonos del Estado en pago de la compra de empresas públicas que concentraban la explotación de recursos naturales (YPF, Gas del Estado) y la prestación monopólica de servicios esenciales para la población (SEGBA, Obras Sanitarias, ENTEL, etc.), vale decir que sobre la base de aquel primer endeudamiento, constituido básicamente para la fuga de capitales, el país cede su infraestructura al sector financiero, con el agravante de que con ello tampoco cancela la deuda. Es más, tan absurda operatoria lo que provoca es la complacencia del sistema financiero que eleva la calificación crediticia del Estado para generar un mayor endeudamiento¹⁵⁵. Pero la transferencia de recursos públicos al sector financiero no termina allí; en 1993 con la ley 24.241 el Estado nacional transfiere la administración de los nuevos recursos de la seguridad social a ese mismo sector financiero, quedándose el fisco con la carga de pagar las jubilaciones y pensiones vigentes y las que se concedan sobre la base del sistema anterior, vale decir que se transfirieron a los bancos la administración de los aportes sin la carga de pagar las prestaciones¹⁵⁶. Este cuento surrealista culmina al fin de la década con un Estado en quiebra que habiendo ya transferido gratuitamente el producto de sus exportaciones, sus empresas públicas, los recursos naturales y de la seguridad social, termina también cediendo a las demandas del sector capitalista en términos regulatorios tanto del régimen laboral cuando del societario y fiscal¹⁵⁷, hasta el sacrificio final de la reducción nominal y explícita de salarios de empleados públicos con el único objetivo de postergar vencimientos de deuda al

¹⁵⁵ Conesa, Eduardo, *La economía política de la deuda externa*, LL, 2010-A-748, relata: “El mantenimiento de la convertibilidad, como se dijo antes, requería de un constante endeudamiento. Y no solamente endeudamiento. También era necesario vender las empresas del Estado, para cubrir los déficits en la cuenta corriente en la balanza de pagos. Las cifras oficiales indican que se vendieron las empresas del Estado por un total de 30.000 millones de dólares pagaderos a valor nominal con nuestros propios viejos títulos de la deuda desvalorizados. Fue así que se vendió YPF, Teléfonos del Estado, SEGBA, Aerolíneas Argentinas, etcétera. La deuda externa, a fines de 1990, era de 62.000 millones dólares y debió rebajarse a 32.000 millones debido a la venta de las empresas del Estado antes mencionadas. Sin embargo llegamos al año 2001, y en vez de disminuir a 32.000 millones, la deuda externa resultó de 160.000 millones de dólares. Es decir, que tuvo un crecimiento anual del 19% entre 1991 y el 2001”.

¹⁵⁶ Carro, Elio H., *Historia y evolución de la deuda externa argentina*, disponible en www.estudiocarro.com.ar/Notas/Historia%20y%20evolucion%20de%20la%20deuda%20externa%20argentina.pdf: “El endeudamiento de esos años debe sumarse a los mayores ingresos públicos generados por el aumento de impuestos y las privatizaciones. ¿En qué fueron utilizados esos 40 mil millones de endeudamiento público adicional? La explicación se encuentra en el desequilibrio de las finanzas públicas provocado, fundamentalmente, por dos factores: el servicio de la deuda y la reforma previsional. El pago de intereses se multiplicó, alcanzando a la suma de 11.5 mil millones de pesos/dólares en el 2000, que representaban el 25% de los ingresos del gobierno nacional. Por otro lado, como consecuencia de la reforma previsional se produjo una importante merma en la recaudación, ya que a partir de julio de 1994 el Estado dejó de recibir los aportes patronales de los trabajadores que pasaron a las AFJP. A fines del 2000 las AFJP llevaban recaudados 24 mil millones de pesos, que en el sistema anterior hubieran reforzado las finanzas del Estado”.

¹⁵⁷ Bohoslavsky, Juan P., *Créditos abusivos. Sobreendeudamiento de Estados, empresas y consumidores*, Bs. As., Ábaco, 2009, p. 564, refiriendo a la renegociación de deuda señala: “Los préstamos pueden ir acompañados de recomendaciones (condicionalidades) en materia económica, cambiaria, monetaria y fiscal, buscando beneficiar la posición de ciertos acreedores –tanto financieros como comerciales–, que incluso pueden ser distintos al propio prestamista que formula esas recomendaciones (las IFIs), constituyendo verdaderas estipulaciones a favor de terceros”.

precio de un interés del 15% anual en dólares, pagando comisiones a los agentes intermediarios por más de 150 millones de dólares (megacanje, 2001)¹⁵⁸.

Como no podía ser de otra manera, una vez consumidos todos los bienes económicos que podía ofrecer el Estado, sobreviene la insolvencia financiera o ce-

¹⁵⁸ Carro, *Historia y evolución de la deuda externa argentina*, p. 19, respecto del llamado megacanje 2001, señala: "Considerando que la operación involucró poco más de 30 mil millones de dólares y que se canjearon títulos que devengaban un interés promedio del 9% por otros al 15%, se puede estimar en 1.800 millones de dólares al año el costo adicional por diferencial de intereses. En concepto de comisiones se pagaron 152 millones de dólares. A cambio del mayor costo, el gobierno 'compró tiempo' pues el canje permitió una extensión de vencimientos que promedió los 4 años, otorgando un alivio de 16 mil millones en los pagos que debían realizarse hasta el 2005".

Una crónica de la época ilustra la situación argentina como la de un típico Estado "Ponzi": "En enero se aprobó un blindaje financiero en favor de la Argentina por un total de 39.200 millones de dólares. Con esos fondos, la Argentina podía cubrir el 90% de los pagos de la deuda de 2001 y el 70% de los vencimientos de este año. De los 25.000 millones que vencían este año, 9.700 millones debían ser aportados en varios tramos durante este año por el Fondo Monetario, el Banco Mundial, el BID y el Tesoro de España. El resto debía ser provisto por las AFJP y los bancos locales a la tasa de interés vigente en el momento de cada operación. Los vencimientos restantes y los de corto plazo (Letes-Letras del Tesoro) se cubrían con fondos internacionales y locales. La apuesta oficial era no utilizar la totalidad de los fondos externos porque, se sostenía, que con el blindaje asegurado los mercados internacionales volverían a prestarle a la Argentina a tasas razonables. Tanto el FMI como los bancos internacionales y el gobierno de España hicieron los primeros desembolsos. Pero ya a fines de febrero, en lugar de la reapertura de los mercados externos, el blindaje tuvo su primer cortocircuito: el déficit fiscal se disparó y arrastró el riesgo país. A eso se sumó la renuncia de José Luis Machinea y el corto pasaje de Ricardo López Murphy por el Ministerio de Economía. Entonces los mercados internacionales se mantuvieron cerrados y se le hizo mucho más caro al gobierno conseguir los fondos locales para hacer frente a los vencimientos de la deuda. A su vez, esa mayor carga financiera agravó el desequilibrio fiscal, abriéndose un círculo vicioso entre el riesgo país y las deficitarias cuentas públicas. Inicialmente, Domingo Cavallo apeló a las reservas, permitió a los bancos tener sus encajes en bonos del Estado, pidió préstamos al Banco Central e hizo nuevas colocaciones entre las AFJP para afrontar los vencimientos. Como eso resultó insuficiente, en junio, Economía hizo un megacanje de la deuda por 30.000 millones de dólares. La operación le permitió postergar, al elevado costo del 15% anual, vencimientos de capital e intereses de la deuda entre el 2001 y el 2005 por 16.000 millones de dólares. Para este año, el canje redujo las necesidades del gobierno en 3.200 millones. Pero inmediatamente, y a pesar de las subas de impuestos y corte de gastos, el déficit fiscal no se redujo. Y creció la desconfianza externa con la Argentina. Las reservas y depósitos siguieron cayendo, los mercados internacionales continuaron cerrados y el gobierno siguió pagando tasas altas para renovar las Letes. Del blindaje de enero, el Fondo todavía tiene que desembolsar este año dos tramos de 1.260 millones cada uno, en setiembre y noviembre. El Banco Mundial y el BID 850 millones y España 170 millones. Con esos fondos, el gobierno podría cubrir una parte de los vencimientos de aquí hasta fin de año. El resto sin cubrir serían las Letes. Por eso la semana pasada canjeó a tasas del 17 al 21 anual y para el 2002 y 2004, Letes por 1.368 millones. Aún así, hasta diciembre ven- cen otras Letes por unos 3.300 millones de pesos, que se renovarían con el anticipo de impuestos que harían bancos y grandes empresas y con las futuras compras de títulos por parte de las AFJP. Así las cosas, exprimiendo el blindaje, el megacanje, las colocaciones casi forzosas en bancos y AFJP, la propia caja y con el recorte de jubilaciones y sueldos estatales, el gobierno apenas podría cumplir con los compromisos financieros para este año. Más aún, algunos analistas sostienen que se necesitaría un recorte de jubilaciones y sueldos públicos aún mayor para alcanzar el déficit cero en los próximos meses. Ese nuevo ajuste se debería hacer porque la recesión sería mayor aún en estos meses lo que explica la mala performance de la recaudación fiscal. Por eso ahora el gobierno está negociando con gobiernos y organismos internacionales para que, además del adelanto de los desembolsos comprometidos del blindaje, el Fondo le otorgue una ayuda adicional. Con esto quiere tener dólares para cumplir con los vencimientos de este año, reponer parte de las divisas o reservas pérdidas, 'ganar tiempo' y mostrar que cuenta con apoyo internacional. Una apuesta de alto riesgo" (Bermúdez, Ismael, *Blindaje, megacanje y más auxilio*, "Clarín", supl. iEco, 4/8/01).

sación de pagos como –parafraseando a García Márquez– la *crónica de una muerte anunciada*. Es que el peso de la deuda desproporcionada e ilegítima que condiciona la política económica de un país por más de dos décadas no puede tener otro desenlace, de modo que, más allá de los desaciertos que se hubieran verificado en otras áreas la economía, la política o la organización jurídica del país, el endeudamiento con la banca privada es la semilla de la insolvencia del Estado.

Sin embargo, el ejemplo no ha servido para desarrollar anticuerpos aptos para contrarrestar el virus que inocular a los Estados el sistema de gobernanza global en cabeza del poder financiero. Por el contrario, lo que se puede constatar desde la crisis del 2008 es que los países del sur de Europa recorren el mismo camino, socializando los pasivos de la banca por temor al riesgo sistémico para luego someterse al mandato del sistema financiero en su demanda de ajustes presupuestarios, universalización de la base impositiva, privatización de empresas públicas y desregulación laboral.

1. Efectos de la insolvencia soberana

La impotencia del Estado para pagar sus deudas, cualquiera sea su causa, tiene un condicionamiento fáctico tanto como la cesación de pagos de los entes privados. En todos los casos consiste en la impotencia patrimonial para atender las obligaciones con ingresos o ahorros, que cuando ocurre plantea el dilema de tomar decisiones en un marco de escasez, con pleno conocimiento de la afectación de derechos adquiridos por terceros. Pero si bien la insolvencia como cuestión fáctica es similar en entes públicos y privados, lo cierto es que en ningún caso pueden considerarse análogos los efectos jurídicos que sobre ellos se desencadenan, debido a que el ente privado y el Estado son esencialmente diferentes y por lo tanto frente al mismo hecho de la quiebra se diferencian desde el punto de vista del sujeto.

Es aquí donde la mercantilización del Estado como proceso originado en la posguerra y consolidado a fines de la década del setenta, demuestra toda su inconsistencia. Es que el concepto de Estado mercantil es un verdadero oxímoron, una contradicción en propios términos, porque el sujeto mercantil esta necesariamente asociado al riesgo empresario con la consecuencia última de la disolución y liquidación patrimonial, que en ningún caso resulta aplicable a un sujeto necesario como lo es el Estado. El sistema de obligaciones patrimoniales de carácter privado tiene entrada y salida en el ordenamiento jurídico: el sujeto pasivo se obliga y si no cumple el régimen legal prevé consecuencias que van desde la ejecución individual de bienes, hasta la renegociación compulsiva y la liquidación integral del patrimonio. Mientras que el sistema de obligaciones públicas está a medio construir, cuenta solamente con un régimen de entrada: el Estado asume obligaciones pero ante la impotencia patrimonial no existe un régimen que especifique en que términos se asignan los derechos de los acreedores y la rehabilitación del deudor.

De esta manera se puede decir que para el Estado *in bonis* (patrimonialmente solvente) se forjó un régimen de desdoblamiento de la personalidad en pública (*iure imperii*) y privada (*iure gestionis*), pero la institución jurídica quedó inconclusa porque su desarrollo no alcanzó al Estado en situación de insolvencia, circunstancia que conduce a un sistema que inicia de derecho y que concluye de facto. Así es que el

sistema de apertura al endeudamiento ilimitado sin reglas de insolvencia lleva a los Estados a un encierro del que en apariencia no puede salir, provocando la creciente inhibición de sus instituciones como depositarias del poder de la comunidad que gobiernan mediante la condicionalidad crónica que ejercen las instituciones financieras.

Ahora bien, si admitimos que el Estado puede en cualquier tiempo declarar la cesación de pagos de su deuda ¿cuál es la causa que disuade a los gobiernos para intentar evitarlo aún cuando enfrenten una extrema crisis económica? Bulow y Rogoff¹⁵⁹ evaluaron dos hipótesis. La primera tenía que ver con la necesidad de preservar la buena reputación del Estado como deudor ya que de otra manera perderían su acceso al mercado internacional de crédito. Pero esta hipótesis, que en nuestro país fue defendida por Alberdi, Avellaneda y Drago entre otros, parece no ser la de mayor peso desde el momento que en situaciones de crisis de liquidez el acceso a los mercados de créditos tiene como único destino el pago de los servicios de la deuda antigua, es decir que mantener esa situación no mejora, sino que empeora, financieramente la situación del Estado. En cambio la segunda hipótesis que defienden Bulow y Rogoff parece ser la que tiene más peso en la actualidad. La plantearon en términos del riesgo de aislamiento no sólo financiero sino comercial de la nación deudora. En otras palabras, pese a que los activos en el exterior de los países endeudados sean mínimos en relación al volumen de su pasivo, el riesgo de sanciones comerciales o embargos sostenidos en el tiempo que amenacen su comercio exterior son el mayor disuasivo para que los gobiernos pospongan la declaración formal de cese de pagos. Sin embargo la lucha por evitar el *default* incrementa la distorsión del estado patrimonial del país deudor, conduciéndolo irremediablemente a un esquema financiero Ponzi que se sostiene sólo mientras permanezca abierto el acceso al crédito. De otro modo la cesación de pagos resulta inevitable porque la economía real no puede proveer los recursos que demanda el cumplimiento de los contratos financieros.

En este punto volvemos al ejemplo del endeudamiento espurio de nuestro país que desemboca en la mayor crisis económica y social de su historia y en la declaración formal de suspensión de pagos del 24 de diciembre de 2001, al amparo del principio que estipula: *Nadie está obligado a hacer lo imposible (Ad impossibilia nemo tenetur)*, que en definitiva cobra vida por la fuerza de los hechos, dando lugar a soluciones *ex post facto*, es decir diseñadas después de ocurrido el hecho del *default*, como lo demuestra el dictado de normas de emergencia tendientes a la reorganización económica (leyes 25.561, 25.565, decr. 214/02, entre otras) y a la gestión del pasivo financiero como propuesta de canje de deuda unilateral a los acreedores (ley 26.017, decr. 1735/04) Pero aún cuando el procedimiento seguido por el gobierno argentino consiguió una adhesión mayor al 90% del capital acreedor, su aplicación fue confirmada en jurisdicción extranjera (caso “Borri”) y su constitucionalidad fue ratificada en fallos judiciales en el ámbito nacional (p.ej., “Claren Corporation”), lo

¹⁵⁹ “La principal motivación para el pago de amortizaciones es la amenaza de sanciones directas que los prestamistas puedan imponer recurriendo a los tribunales de los países acreedores o influyendo en sus legisladores. Dichas sanciones pueden inhibir la libre participación del país deudor en los mercados financieros y de mercadería. Por ejemplo, una nación que desconoce su deuda externa estará obligada a realizar su comercio de manera indirecta para evitar embargos. Por añadidura, se bloqueará su acceso normal a los créditos comerciales” (Bulow - Rogoff, *Journal of political economy*, p. 6 y 7).

cierto es que la amenaza planteada por los acreedores disidentes sigue vigente en la jurisdicción norteamericana en virtud de la jurisprudencia consolidada en la materia que rechaza toda posibilidad de aplicar la legislación dictada para la administración del pasivo estatal a quienes no la acepten en forma voluntaria, tal como se confirmó en las distintas sentencias dictadas contra nuestro país, la más reciente del 23 de agosto de 2013 por la Cámara de Apelaciones de Nueva York, en el caso “NML Capital, LTD. c/Republic of Argentina”¹⁶⁰.

Ante la ausencia de un tribunal internacional que sirva de instancia de casación en la materia, la doctrina contradictoria de los fallos anotados de las diferentes jurisdicciones determina la insuficiencia del análisis jurídico para brindar a la vez legitimidad y respeto de la solución a nivel global. Es que de un lado el gobierno argentino se encuentra inhibido para realizar pagos de deuda incluidas en la legislación de emergencia económica conforme la jurisprudencia de sus propios tribunales. Pero si, por otro lado, la sentencia extranjera logra ser reconocida como válida y ejecutada en una jurisdicción distinta de la nacional, tendremos que la legitimidad de las normas de acuerdo al sistema constitucional argentino no alcanzará para garantizar su observación y cumplimiento, poniendo en riesgo el desempeño patrimonial del país fuera de sus propias fronteras.

En suma, el efecto jurídico de la cesación de pagos del Estado deudor plantea la aporía de la legitimidad y eficacia de las normas de emergencia, poniendo de manifiesto la necesidad de una regulación que permita *ex ante* de la crisis económica establecer las pautas para que la constitucionalidad local de las normas que afecten derechos de terceros en el exterior fueran reconocidas como válidas y legítimas por la comunidad de naciones.

2. Insolvencia mercantil e insolvencia soberana

Con perspectiva utilitarista Stiglitz señala que la ley de quiebras está concebida para que los individuos puedan empezar de nuevo, y agrega que estas leyes –vigentes en todas las economías modernas del mundo– pueden ser más indulgentes con el deudor, o bien más favorables para el acreedor, según facilite o dificulte el pago de las deudas¹⁶¹.

Esta visión sirve de brújula para analizar la problemática actual del sobreendeudamiento e insolvencia de los Estados, empezando por el reconocimiento de la distinta esencia del ente soberano, en la misma línea como las leyes de quiebras reconocen diferencias en el sujeto conforme se trate de una persona física o de una

¹⁶⁰ En una causa iniciada a raíz de la negativa de la República Argentina a pagar a ciertos tenedores de bonos emitidos con fundamento en un acuerdo de la Agencia Fiscal –Bonos FAA–, la Corte de Distrito dictó decisiones que establecieron una fórmula de pago, determinando que si se paga el 100% de lo debido por bonos de canje, también debería abonarse ese porcentaje a los *holders* reclamantes. La Corte de Apelación resolvió que no existió abuso de discrecionalidad al dictar esas órdenes (LL, 29/4/13, p. 4).

¹⁶¹ Y continúa: “Evidentemente, la forma en que se configuran las leyes tiene fuertes repercusiones en la distribución, pero los efectos sobre los incentivos pueden ser igualmente poderosos. Si es imposible cancelar las deudas, o no pueden cancelarse fácilmente, los prestamistas tienen menos incentivos para ser cautos con sus préstamos y más para dedicarse a los préstamos abusivos” (Stiglitz, *El precio de la desigualdad*, p. 253 y 254).

persona jurídica. En este sentido una primera aproximación al problema muestra que los individuos (personas físicas) no se disuelven como las sociedades (personas jurídicas) por su quiebra, sino que el sistema jurídico prevé un camino para la cancelación del pasivo y la rehabilitación, mientras que los Estados (personas necesarias) no se disuelven pero tampoco pueden rehabilitarse a partir de su quiebra. Entonces, la imposibilidad de “empezar de nuevo” para los Estados determina “de hecho” la relación de poder favorable al acreedor, quien no encontrará ningún freno para su ambición de optimizar ganancias ante la supervivencia del Estado y su deuda, a pesar de cualquier crisis económica. Entonces, si ante el mismo hecho de la quiebra patrimonial el ordenamiento jurídico dispone distintos efectos conforme el sujeto –en el caso de persona física prevé la liquidación de los bienes y su posterior rehabilitación y cuando se trata de persona jurídica el régimen tiende a la disolución del ente y liquidación íntegra del patrimonio– nada debería impedir que el Estado también se incorpore al sistema tomando en cuenta los principios generales con la correspondiente adaptación, atendiendo a su esencia soberana y necesaria.

En este sentido la primera dificultad que se debe superar es la cuestión terminológica. Como aclara Rivera la idea de dar a luz un régimen jurídico de quiebras para los países deviene de una inapropiada traducción de la expresión inglesa *bankruptcy* que comprende tanto la reestructuración o reorganización cuanto a la liquidación, en razón de que se trata en rigor de forjar una normativa tendiente a la reestructuración de deudas soberanas, inspirada en los procedimientos previstos para las deudas particulares, pero que, obvio es decirlo, no incluya la posibilidad de la liquidación de los Estados¹⁶². El mismo autor ilustra como en su evolución el derecho romano recorre desde la servidumbre por deudas hasta la limitación de las potestades del acreedor para cobrarse sólo sobre el patrimonio del deudor¹⁶³. Pero agrega, citando a De Castro, que la idea de involucrar a todo el patrimonio del deudor en la garantía de pago al acreedor podría ser más grave que la misma pena de prisión por incumplimiento, en razón que se llevaría a condenar al deudor a la miseria. De allí que en los fundamentos que inspiran el moderno derecho de quiebras esté el de una supervivencia digna del deudor, mediante la posibilidad de excluir de la ejecución ciertos bienes indispensables, unido al derecho a la rehabilitación o a “empezar de nuevo”. Esta tradición jurídica, nacida para humanizar el régimen de quiebras en las personas de existencia física y que recién en los últimos dos siglos se adapta a los entes mercantiles, resulta de valor como antecedente para concretar instituciones jurídicas que contengan el fenómeno de la insolvencia soberana.

Así lo han entendido numerosos autores desde principios de la década del ochenta. Pero el debate acerca de los modelos de insolvencia que tienen al Estado como sujeto deudor se instala de la mano del protagonismo excluyente de los

¹⁶² Rivera, Julio C., *Reestructuración de la deuda soberana (la “quiebra” de los países)*, ED, 2003-A-958/959.

¹⁶³ Rivera, *Reestructuración de la deuda soberana (la “quiebra” de los países)*, p. 968, señala, citando a Ortolan, que la *Lex Paetelia Papiria* (Roma, siglo IV aC) fue promovida “por un rumor popular y por una sublevación espontánea contra la lujuriosa barbarie de un acreedor (L. Papirio), y representó, según Tito Livio, como un nuevo principio de libertad para la plebe. La servidumbre y el cautiverio por deudas estaban de tal modo en las costumbres de aquellos tiempos, y sus rigores eran tan duros y tan multiplicados, que era uno de los grandes medios que los tribunos empleaban para excitar y alentar a la plebe en su lucha contra el patriciado. Esta ley prohibió que los deudores pudieran entregarse en servidumbre a su acreedor en pago de su deuda”.

acreedores y a partir de propuestas formuladas por destacados economistas vinculados al sector financiero. El resultado es generalmente una visión sesgada que prioriza la sustentabilidad del sistema financiero y el costo que indirectamente tendrían que asumir los contribuyentes de los países industrializados, sin prestar mayor atención a ningún juicio sobre la legitimidad de la deuda ni a la suerte económica y social del Estado deudor.

La incorporación de los intereses del Estado deudor en cualquier modelo de insolvencia no sólo favorecerá la concreción del valor justicia sino que tenderá al mayor equilibrio y sustentabilidad del sistema económico y político global. De un lado le otorgará coherencia al ordenamiento, ya que si se acepta que el Estado pueda actuar *in bonis* como un sujeto mercantil, de ello debe seguirse que también se le reconozcan las mismas potestades de los sujetos privados para actuar en estado de insolvencia. De otro lado el ordenamiento será previsible y completo, es decir la relación entre Estado y sus acreedores tendrá una regulación en derecho que comprenderá la causa de la obligación y todas las circunstancias posibles hasta su extinción. Y finalmente una arquitectura jurídica que contenga y regule el fenómeno de la insolvencia soberana conducirá a un racionamiento del crédito público en virtud que la incorporación de la variable de riesgo por insolvencia, como una cuestión no sólo de hecho sino con conclusión definitiva de derecho, que tenderá a la eliminación del perverso incentivo para banqueros y funcionarios de gobierno de incurrir en endeudamiento crónico que le asegura rentas vitalicias a los primeros y les permite postergar las crisis a los otros.

En resumen, la cuestión es que si se acepta que el Estado puede ser mercantil para contratar en el ámbito global debe serlo también para gestionar crisis económicas. La precariedad que al respecto muestra la actualidad del derecho internacional público es un factor de desequilibrio financiero que debilita a los Estados frente al poder económico transnacional. El derecho de insolvencia de derecho privado, por su desarrollo y reconocimiento a nivel de los ordenamientos jurídicos locales de todo el mundo, es una referencia necesaria de donde se pueden extraer principios generales para estructurar propuestas adaptadas al Estado como sujeto de derecho público, que brinde orden y previsibilidad a las relaciones económicas a la vez de mitigar el abuso y el fraude contra ahorristas y ciudadanos.

En los puntos que siguen se procurará una aproximación a los tópicos centrales de la problemática de la insolvencia soberana tomando como guía el desarrollo del derecho mercantil en la materia.

a. Mecanismos de reestructuración y cláusulas de acción colectiva

La cuestión de la crisis de deuda soberana comienza a estudiarse en comparación con los modelos de insolvencia privados a partir de la década del ochenta, en el marco de la cesación de pagos de los países latinoamericanos fuertemente endeudados en dólares –por obra casi unánime de gobiernos *de facto* durante el lustro anterior– cuando la política monetaria de los Estados Unidos lleva a la modificación al alza de las tasas de interés que tornan insostenibles los servicios de deuda pactados a tasa variable. Esta situación, sumada al proceso de mercantilización de los Estados –jurídicamente consolidado desde la limitación de la soberanía jurisdiccional– que desplazó la solución desde una perspectiva diplomática a otra predominante-

mente judicial, condujo a un camino sin salida ya que no contempló la crisis económica general del deudor.

El tema fue poco abordado por los juristas porque –muy probablemente– se ha considerado una materia resuelta desde la literalidad de los contratos y la jurisprudencia de los tribunales fijados por las partes, es decir bajo la visión *ius privatista* del derecho mercantil universal. En cambio desde la perspectiva de la ciencia económica se advirtió tempranamente que el hecho de la crisis se impone y por lo tanto no puede soslayarse la necesidad de reglas para administrarla o –mejor– solucionarla, haciendo honor a la reconocida enseñanza del célebre padre de esa disciplina: “Cuando un Estado se ve en la necesidad de declararse en quiebra, lo mismo que cuando un individuo se ve en tal necesidad, entonces una quiebra limpia, abierta y confesada es la medida que a la vez menos deshonra al deudor y menos perjudica al acreedor” (Adam Smith, 1776).

A Oechsli¹⁶⁴ se le atribuye la primera propuesta ordenada a considerar el modelo previsto en el capítulo 11 de la ley de quiebras norteamericana como de posible adaptación para resolver las crisis de deuda pública. Básicamente la idea era la aplicación de un procedimiento generalmente reconocido a nivel global (en nuestro país está previsto en la ley 24.522), conforme el cual a petición del deudor se abre una instancia de negociación con los acreedores, durante la cual se suspenden las acciones judiciales para que el deudor presente propuestas en condiciones de trato igualitario para los acreedores, que finalmente serán aprobadas si se reúne la conformidad de la mayoría estipulada en la norma, en cuyo caso tales pautas de cancelación serán impuestas también a los disidentes.

La preocupación del autor se reducía a la falta de previsibilidad producto de la carencia de un procedimiento dispuesto *ex ante* de que ocurra la crisis de pagos, que provocaba falta de coordinación entre el deudor y los acreedores. Pese a que para esa época las deudas estatales se concentraban mucho más que hoy día en torno de préstamos bilaterales entre países y con los organismos de crédito internacionales (FMI y Banco Mundial) o sindicados por bancos privados, para cuya reestructuración existían foros como el Club de París o el Club de Londres, Oechsli ponía el énfasis en que la falta de reglas sobre mecanismos de crisis demora las negociaciones y aumenta la incertidumbre con perjuicio para acreedores y deudores. Su propuesta básicamente se ordenaba a la aplicación de un régimen de negociación que se abra a petición del país deudor bajo el auspicio y monitoreo del Fondo Monetario Internacional.

A esta doctrina se le puede reconocer el mérito de haber sido el antecedente de la primera sentencia de segunda instancia –luego revisada y revocada por la misma Cámara– que se dictó en el caso testigo “Allied Bank Internacional c/Banco Crédito Agrícola de Cartago”, ya que el tribunal tuvo en consideración la analogía entre el procedimiento seguido por el gobierno de Costa Rica para la renegociación de su pasivo, que incluía la deuda del banco demandado, y el capítulo 11 de la ley norteamericana, para la aplicación del principio de *cortesía internacional* y la decisión sobre el rechazo de la demanda. Pero el dictado del fallo definitivo en esa causa por la Cámara descartó la aplicación analógica de la ley de quiebras para la re-

¹⁶⁴ Oechsli, Christopher, *Procedural guidelines for renegotiating LDC debts: An analogy to chapter 11 of the US Bankruptcy Reform Act*, “Virginia Journal of International Law”, vol. 21, 1981.

negociación de deuda soberana en la jurisdicción de Nueva York, lo cual fue determinante para que el instituto no se desarrollara como fuente de derecho en el ordenamiento jurídico norteamericano. Tal circunstancia no obstó a que el modelo de negociación bajo la sindicatura del FMI se aplicara en la práctica desde la década del ochenta en todo aquello que beneficiaba a los acreedores, ya que el organismo operó en el diseño de planes de ajuste estructural de la economía de los deudores al solo efecto del pago de pasivos, sin que ello implicara ninguna merma de derechos (p.ej., *standstill*, *cramdown*) para los acreedores.

La reiteración de crisis de deuda pública dio motivos para que la idea de un procedimiento que logre reconocimiento internacional con destino a encausar las negociaciones no dejara de evolucionar. De un lado se desarrollan trabajos teóricos que continuaban la propuesta de modelos estatutarios para la renegociación de pasivos financieros públicos, mientras que otros tendieron a proponer una solución contractual basada en la inclusión de cláusulas en las emisiones de bonos soberanos que fijaran los términos en que se renegociarán los títulos en caso de cese en los pagos.

Entre los primeros la variante más destacada la propone Raffer quien desarrolló a partir de 1989 una vasta literatura en pos de la aplicación del capítulo 9 de la ley de quiebras norteamericana. Su idea consiste en resolver la insolvencia de los países mediante el mecanismo previsto en la legislación de Estados Unidos para entidades tales como municipios, hospitales y escuelas, en lugar del capítulo 11 cuyo sujeto son las corporaciones privadas. En este sentido la propuesta se ajusta al carácter de sujeto necesario del Estado deudor, preservándolo de toda intervención en la administración o liquidación de su patrimonio. El modelo contempla al Estado como un sujeto de derecho público procurando un efecto moralizador de las finanzas y preventivo de las crisis de deuda pública, tal y como lo expresara su autor: “Un capítulo 9 internacional tendrá la ventaja que los bancos nunca más presumirán que las deudas soberanas siempre se pagarán. Si esto existiera durante los setenta enormes pérdidas podrían haber sido evitadas y la carga de la deuda sería mucho menor. Su existencia habría prevenido la crisis de deuda”¹⁶⁵. Pero la década del noventa no fue un terreno fértil para un modelo que pone límites al poder financiero, de tal suerte que la propuesta Raffer quedó como una interesante referencia teórica.

En la década siguiente toma la posta el propio Fondo Monetario Internacional. En 2001, su directora gerente Anne Krueger, siguiendo la ponencia de Oechslí, impulsa un modelo inspirado en las leyes de insolvencia privada, específicamente del mencionado capítulo 11 de la ley norteamericana, bajo el título de “mecanismo de reestructuración de deuda soberana”. El planteo de basa en la disposición de un régimen de renegociación de deuda y acceso a nuevo financiamiento del propio FMI. Sin embargo la política de los Estados Unidos desde la administración Reagan, pasando por las presidencias de Bush (p.), Clinton y Bush (h.), no habían cambiado en relación con la inaplicabilidad de *cramdown power* a las deudas soberanas que se considerasen ejecutables en la jurisdicción norteamericana, de modo que la disposición prevista en el plan Krueger ordenada a extender el acuerdo a las minorías disi-

¹⁶⁵ Raffer, Kunibert, *What's good for the United States must be good for the world: Advocating an international chapter 9 insolvency*, <http://homepage.univie.ac.at/kunibert.raffer/kreisky.pdf>.

dentes, no consiguió el apoyo del principal socio de la institución y tampoco logró imponerse como norma internacional.

Paralelamente al diseño de un estatuto general se desarrolló la idea de que las mismas emisiones de deuda soberana deberían preveer el procedimiento a seguir en caso de incumplimiento o cese de pagos. En este caso la propuesta consistía en que los prospectos de las respectivas emisiones contengan las llamadas “cláusulas de acción colectiva” (CACs). Estas cláusulas constituyen una especie de modelo de insolvencia *ad hoc*, toda vez que persiguen similares objetivos que los mecanismos de reestructuración estatutarios: que una mayoría calificada pueda modificar ciertas condiciones previstas en los bonos e imponerlas al resto de los involucrados en la misma emisión; que la representación de los acreedores se ejerza en forma centralizada, que los beneficios obtenidos por algunos acreedores se deban repartir en igualdad de condiciones (*pari passu*), que el inicio de negociaciones impida la promoción y prosecución de juicios, entre otras estipulaciones. Este mecanismo se comienza a desarrollar a nivel teórico con los trabajos de Eichengreen y Portes¹⁶⁶, a mediados de la década del noventa, consiguiendo pronta repercusión al ser incorporado en las recomendaciones de los informes del grupo de los 10 (G-10) de 1996 y 2002. Pero el apoyo decisivo viene de la mano del secretario del Tesoro de los Estados Unidos, John Taylor¹⁶⁷, con el argumento de que su gobierno estaba a favor de soluciones del mercado para encausar los conflictos emergentes de los impagos de deuda pública y que las CACs estaban en esa línea en tanto llevaban incorporada la toma de conocimiento y la conformidad de los mismos acreedores, diferenciándose en este aspecto de las propuestas estatutarias generales del tipo de los mecanismos de negociación propuestos por Krueger en el ámbito del FMI.

Pese a este auspicio la solución no tuvo gran trascendencia práctica porque el alcance particular sobre la serie emitida con CACs dejaría afuera del mecanismo de reestructuración al resto del pasivo, situación que contradice al principio de universalidad característico de todo procedimiento de insolvencia. Ello sin mencionar que la misma inexistencia de una norma general torna naturalmente menos atractiva para el acreedor la emisión de bonos que prevea el mecanismo para el caso en particular, lo que redundará en el cierre del acceso al crédito o –cuanto menos– de su encarecimiento, situación que opera como disuasivo para que los gobiernos adictos al financiamiento desistan de contemplar la cláusula¹⁶⁸.

Como puede advertirse, tanto los regímenes estatutarios cuanto los contractuales de concurso de acreedores en cuestiones de deudas soberanas, tienen en

¹⁶⁶ Eichengreen, Barry - Portes, Richard, *Crisis what crisis? Orderly workouts for sovereign debtors*, Londres, Center for Economic Policy Research, 1995.

¹⁶⁷ Taylor, John, *Sovereign debt restructuring: a US perspective*, disponible en www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?ResearchID=455.

¹⁶⁸ Scott, Hal S., *A bankruptcy procedure for sovereign debtors?*, “The International Lawyer”, vol. 37, Harvard Law School, 2003, disponible en www.law.harvard.edu/programs/about/pifs/research/publications/10scott.pdf, p. 59: “La inserción de cláusulas de acción colectiva en los bonos soberanos es un ejercicio inútil que no va a resolver el problema de la acción colectiva. Gobiernos de países emergentes no están dispuestos a aceptar voluntariamente estas cláusulas dada su preocupación de que puedan aumentar sus costos de la deuda y señalar su aumento de la probabilidad de incumplimiento. Cualesquiera que sean los resultados contradictorios de los estudios, el sentido común nos dice que si un país insiste en una cláusula de acción colectiva significaría que están más preocupados por cómo lidiar con la perspectiva de default”.

común la búsqueda de un camino predecible e institucionalizado para el inicio de negociaciones coordinadas y centralizadas con todos los acreedores financieros, con la virtud de suspender las acciones judiciales en curso y evitar que se interpongan nuevas durante el período fijado para la negociación (*standstill*), con un horizonte de imposición del acuerdo a minorías disidentes, que operaría como un límite a la especulación financiera representada por los fondos de inversión oportunistas que compran bonos de economías en severas crisis a precios ínfimos para luego reclamar ante los tribunales de Nueva York el pago de los títulos por el valor nominal e íntegro de capital e intereses.

Sin embargo, ninguno de los modelos resuelve el problema que se plantea frente a la falta de acuerdo. Descartada la disolución y liquidación del Estado, cualquiera de los esquemas mencionados se limitará a formalizar un ámbito para la negociación por un espacio temporal a cuyo vencimiento se volvería a la situación previa al trámite. Así es que en términos generales podríamos señalar que las propuestas estatutarias y contractuales contribuyen a mejorar el sistema de créditos soberanos haciéndolo más previsible y equitativo, pero se muestran por sí solas insuficientes si no incluyen atribuciones unilaterales del propio Estado deudor o de un tribunal internacional para en última instancia definir las condiciones de modo, tiempo y lugar en que se ha de reestructurar el pasivo soberano.

b. Declaración de insolvencia. Doctrina del estado de necesidad

En el derecho privado el presupuesto objetivo que determina la aplicación de las normas de insolvencia es el estado de cesación de pagos, que se verifica cuando un patrimonio se revela –con cierto grado de permanencia– impotente para hacer frente por medios normales a las obligaciones que lo gravan. Su similar en el derecho internacional público es la situación que se ha dado en llamar *estado de necesidad*, cuyo desarrollo y tradición jurídica ya es centenaria desde los laudos arbitrales de principios del siglo pasado (Rusia contra el Imperio Otomano de 1912), y los fallos de la Corte Permanente de Justicia (Francia contra Serbia y contra Brasil de 1929 y Bélgica contra Grecia de 1939)¹⁶⁹.

Su definitiva consagración se encuentra en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (32° período de sesiones) cuyo art. 33 establece: “Estado de necesidad. 1. Ningún Estado podrá invocar un estado de necesidad como causal de exclusión de la ilicitud de un hecho de ese Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional del Estado a menos que: a) ese hecho haya sido el único medio de salvaguardar un interés esencial del Estado contra un peligro grave e inminente; y b) ese hecho no haya afectado gravemente un interés esencial para con el que existiría la obligación”. El texto incluye un comentario en el que define al estado de necesidad como “la situación en que se encuentra un Estado que no tiene absolutamente más medio de preservar un interés esencial amenazado por un peligro grave e inminente que el de adoptar un comportamiento que no está en conformidad con lo que de él exige una obligación internacional”.

Si bien el artículo refiere a obligaciones interestatales, en el punto octavo del comentario se aclara que “La mayoría de los miembros de la Comisión también con-

¹⁶⁹ Societe Commerciale de Belgique (Belg. vs. Greece), 1939, P.C.I. J. (ser A/B) n° 78 (jun. 15).

sideraron pertinente el hecho de que la cuestión de la posibilidad de invocar dificultades financieras graves –y por lo tanto una situación susceptible de responder a las condiciones que permitan reconocer la existencia de un estado de necesidad– para justificar la repudiación o la suspensión del pago de una deuda del Estado haya sido también discutido a menudo a propósito de las deudas contraídas por el Estado no directamente respecto de otro Estado sino respecto de banco o de otras sociedades financieras extranjeras”. La opinión del gobierno de Sudáfrica que se cita en el texto resulta especialmente esclarecedora: “Si, a causa de circunstancias adversas que escapan a su control, un Estado se encuentra realmente en tal situación que no puede cumplir todos sus compromisos y obligaciones, está virtualmente en una situación de necesidad. Tendrá que establecer entonces una prelación entre sus obligaciones y atender primero a las que sean de más vital interés. Por ejemplo, no puede esperarse de un Estado que cierre sus escuelas y universidades y sus tribunales, que licencie a su policía y que descuide sus servicios públicos en tal medida que exponga al caos y la anarquía a su comunidad simplemente para disponer así del dinero para pagar a sus prestamistas. Hay límites a lo que puede esperarse razonablemente de un Estado, del mismo modo que los hay para un individuo”.

Como ya se vio, esta doctrina del derecho público internacional ha sido aplicada concretamente por nuestra Corte Suprema para legitimar la decisión del gobierno nacional de diferir los pagos comprometidos de su deuda pública, afirmando la existencia de un principio de derecho de gentes “que permitiría excepcionar al Estado de responsabilidad internacional por suspensión o modificación en todo o en parte del servicio de deuda externa, en caso de que sea forzado a ello por razones de necesidad financiera impostergable... Este principio se funda, en lo sustancial, en que ningún Estado puede ser obligado al cumplimiento de acuerdos que superen su capacidad de pago ya que, como aplicación del clásico brocardico *ad impossibilis Nemo tenetur*, se ha señalado que ‘nadie puede hacer lo imposible’” (Fallos, 319:2886, “Brunicardi”). Y también como presupuesto objetivo que justifica la alteración unilateral por parte del Estado de los compromisos previamente asumidos, tal y como si se tratase de un procedimiento de insolvencia en cabeza del mismo deudor, al sostener que el principio de *estado de necesidad* se encuentra vigente en la práctica internacional y que –en caso de verificarse– el gobierno del Estado tiene atribuciones para tomar medidas extraordinarias, aclarando “que el deber de cumplimiento de las obligaciones ante una circunstancia de emergencia incuestionable, tiene como límite la capacidad de pago del Estado deudor, entendida ésta... con preservación de lo necesario para el cumplimiento de sus funciones, la atención de servicios esenciales y la salvaguarda de las bases presupuestarias y monetarias indispensables para permitir un desarrollo adecuado de la economía... Si bien el Estado es una persona de existencia necesaria, dicha nota no lo libera de padecer restricciones financieras de toda índole, algunas de las cuales... resultan sumamente graves y justifican la adopción de soluciones... extra como la examinada” (fallo “Galli”, del voto de la doctora Highton).

Estos antecedentes hacen al reconocimiento de la existencia de la doctrina del *estado de necesidad* en el derecho internacional. Sin embargo su aplicación práctica genera mayor discordia. En un sentido se podría entender que hay *estado de necesidad* cuando así lo determinan las autoridades del Estado deudor, toda vez que si se reconoce al dictado de la legislación de emergencia el carácter de acto de sobe-

ranía (*iure imperii*), tal y como se induce de la jurisprudencia de la Corte de Casación italiana (caso “Borri”) y de nuestra Corte Suprema (fallos “Brunicardi” y “Galli”), basará el juicio del gobierno y el control judicial del deudor para concluir en la existencia de circunstancias de gravedad suficiente para eximir de responsabilidad internacional al Estado. A falta de un tribunal internacional para evaluar y decidir sobre el tema, no se vislumbra una alternativa que pueda erigirse como dotada de mayor legitimidad en este análisis como para desplazar en última instancia al Poder Judicial del país deudor y su jurisprudencia como fuente de derecho. Pero si de lo que se trata es de lograr que la decisión local armonice con los antecedentes de derecho internacional que nuestra propia Corte tuvo en vista para fundamentar la aplicación concreta del instituto del *estado de necesidad*, no se podrá ignorar que al reconocimiento conceptual le sigue un criterio de aplicación restrictiva, tal y como puede verse en el punto siguiente del citado art. 33 del Informe de la Comisión de Derecho Internacional: “2. En todo caso, ningún Estado podrá invocar un estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud: a) si la obligación internacional con la que el hecho del Estado no esté en conformidad dimana de una norma imperativa de derecho internacional general; o b) si la obligación internacional con la que el hecho del Estado no esté en conformidad ha sido establecida por un tratado que, explícita o implícitamente, excluya la posibilidad de invocar el estado de necesidad con respecto a esa obligación; o c) si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad”. Tales excepciones hacen honor al primer precedente en la materia, el ya citado arbitraje de 1912 entre Rusia y el Impero Otomano, en cuyo laudo, luego de admitir formalmente la excepción de fuerza mayor la declara inaplicable al caso porque el monto reclamado se entendía irrelevante para poner “en peligro la existencia del Imperio Otomano o comprometido gravemente su situación interna o externa”, dejando en evidencia finalmente una ambigüedad conceptual que limita su efectividad, lo cual se ve concretamente reflejado en la jurisprudencia en muchos casos contradictoria que sobre la materia dimana de los laudos de la Comisión Internacional de Arreglo de Diferencias relativo a Inversiones (CIADI)¹⁷⁰.

En suma, la doctrina del *estado de necesidad* constituye una defensa que, en el contexto de la crisis de la economía del Estado, se erige como un presupuesto asimilable al de cesación de pagos en los procedimientos de insolvencia para entes privados que justifica la reestructuración general de su pasivo, pero la falta de un criterio rector para subsumir los hechos en un concepto tan amplio conducen en la

¹⁷⁰ El *estado de necesidad*, si bien universalmente reconocido como doctrina, aún no encuentra consenso respecto de los parámetros a tener en cuenta para su aplicación concreta como eximente de responsabilidad internacional, citando como ejemplo las demandas seguidas contra Argentina en el ámbito del CIADI (Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversiones), cuya jurisprudencia a la fecha es decididamente contradictoria. De un lado, tenemos el caso “Continental Casualty Company c/Argentina”, del 3/9/08: “Es evidente que no todos los sacrificios pueden imponerse a la población de un país a fin de salvaguardar una política determinada que garantizaría el pleno respeto de las obligaciones internacionales en el ámbito financiero para que se considere justificado su incumplimiento por ser necesario en el marco de este TBI (Tratado Bilateral de Inversión). El estándar de responsabilidad y proporcionalidad no exige tanto”. Pero en otros, tales como los promovidos Enron Corporation and Ponderosa Asset del 22/5/07, Sempra Energy del 29/9/07 y CMS Gas Transmission Company del 12/5/05, el tribunal arbitral denegó la excepción defensiva con argumentos tales como que la crisis económica no era de tal envergadura que comprometiera la existencia del Estado o su independencia, o bien porque hubiera existido responsabilidad del gobierno en la causa del descalabro económico.

práctica a una casuística que conspira para la implementación de medidas tempranas ordenadas a minimizar los efectos de la insolvencia pública, más aún si se tiene en cuenta que el análisis y decisión de los propios tribunales locales se dará sólo en el caso de algún pleito entablado por quien se sintiera particularmente damnificado por las normas de emergencia y se conocerá al cabo de todo el proceso. El ejemplo del citado caso “Brunicardi” lo pone en evidencia ya que el fallo de 1996 se dictó diez años después de las normas (decr. 772/86 y res. 450/86 y 65/87) que motivaron el análisis de constitucionalidad. Advertido esto podemos concluir que el *estado de necesidad* tiene un reconocimiento conceptual *ex ante*, cuya efectividad resulta incierta toda vez que queda sometida a un eventual juicio *ex post* alejado temporalmente de los sucesos que dieron lugar a la crisis.

Para superar esta aporía, cuanto menos desde el plano *del deber ser* o *de lege ferenda*, es preciso acudir a un análisis interdisciplinario. Si bien antes se dijo que el criterio de eficiencia traído desde la economía como valor y guía del ordenamiento jurídico chocaba con los principios del derecho social, toda vez que al promover la productividad y la reducción de costos tendía a legitimar las normas de ajuste estructural que finalmente se traducen en flexibilización laboral y restricciones al gasto público destinado a la seguridad social, ello no obsta a que la disciplina económica pueda proveer datos objetivos para la promoción de valores de signo opuesto, que sirvan al diseño de una arquitectura jurídica internacional protectoria de la estabilidad política y social de los Estados. Partiendo entonces del reconocimiento de que el *estado de necesidad* es una defensa que permite exceptuar al Estado de responsabilidad internacional, lo que falta para dotarla de mayor objetividad y operatividad es determinar las pautas o índices provistos por la ciencia económica conforme los cuales se verifica tal situación. Desde esta perspectiva, el análisis económico aplicado al derecho permitirá anular la ambigüedad propia de la norma, poniendo de manifiesto que se trata de una herramienta determinante del contenido axiológico del régimen en vista que los tales índices serán los que en definitiva validarán o no el acceso del país deudor a la cobertura del derecho público internacional.

En este sentido podemos considerar la propuesta que se le atribuye a Kaeser, quien planteó la posibilidad de un mecanismo al que el deudor podría acudir para reestructurar su pasivo pero sólo en caso de que se observen índices objetivos reveladores de la imposibilidad de pago, tal como lo sería el de servicios de deuda en relación con las exportaciones¹⁷¹, tendiendo así a admitir el remedio del modelo de insolvencia sólo para casos en que ocurran desequilibrios en el flujo de fondos del Estado deudor de una magnitud tarifada o estandarizada a nivel internacional. Si bien la preocupación del autor, a la sazón funcionario del tesoro suizo, tenía que ver con limitar el abuso del gobierno del país deudor para plantear sin ningún control un remedio de insolvencia que limite los derechos de los acreedores, como contratara la aplicación de un parámetro objetivo constituirá un dato que podrá tornar obligatorio para gobiernos de países deudores y agentes financieros acreedores la observancia del procedimiento de un modelo de insolvencia. De este modo la idea de utilizar índices económicos puede resultar una condición mínima o requisito de acceso a mecanismos de reestructuración de deuda pero también su aplicación automática,

¹⁷¹ Bohoslavsky, *Créditos abusivos. Sobreendeudamiento de Estados, empresas y consumidores*, p. 471, con cita de Rogoff, Kenneth - Zettelmeyer, Jeromin, *Bankruptcy procedures for sovereigns: A history of ideas, 1976-2001*, IMF Staff Paper, 2002, p. 483.

con efectos tales como la suspensión de pagos y de juicios en curso, constituyendo así un factor de equilibrio que arbitra sobre los derechos de acreedores y deudores promoviendo la equidad con alcance global. Nuevamente el Acuerdo de Londres de 1953 puede resultar una fuente de inspiración de la utilización de un índice –en este caso el de exportaciones– que detona automáticamente efectos jurídicos que condicionan los compromisos financieros del país deudor subordinándolos a la evolución de la economía general.

En el derecho privado, si tomamos el parámetro del *buen hombre de negocios* del derecho mercantil, veremos que es parte de la obligación del administrador acudir a remedios previstos en las leyes de insolvencia en forma temporánea, en caso que se verifiquen graves desequilibrios que pongan en peligro la subsistencia de la empresa. En el mismo sentido debería resultar obligación para los gobiernos de los Estados la aplicación de medidas tendientes a la protección del patrimonio público ante situaciones de grave crisis económica que alteren la prestación de sus servicios básicos, recuérdese que Krueger justificó el planteo del mecanismo de reestructuración de la deuda soberana (FMI, 2002) precisamente en la necesidad de que los gobiernos reestructuren las deudas de sus países antes que se tornen insostenibles¹⁷², como requisito para un resultado exitoso antes que los daños devengan irreversibles.

La cuestión es que estos daños afectan principalmente al tejido social del país deudor, por ello que cualquier planteo tendiente a establecer pautas objetivas para detonar la aplicación de mecanismos de reestructuración de deuda deberá contemplar ratios de desarrollo humano, tal el caso del índice de desempleo globalmente utilizado. En este ejemplo tendríamos que cuando el nivel de desempleo supera un determinado umbral –digamos 10% de la población activa– se impone la obligación de suspender los servicios de deuda financiera, los juicios en curso y abrir una instancia de reestructuración general del pasivo, lo cual no sería otra cosa que el establecimiento de pautas objetivas, estandarizadas y previsibles para la aplicación del principio del *estado de necesidad* como eximente de ilicitud por incumplimiento, que daría previsibilidad y transparencia *ex ante* respecto de los riesgos que asumen los inversores en préstamos soberanos.

c. Juez competente

La atribución de competencia jurisdiccional para encausar a un país es un punto crítico de cualquier estudio relacionado con los procedimientos de insolvencia soberana. La cuestión es que el derecho público internacional no ha evolucionado lo suficiente para encontrar un ámbito institucional supranacional al que todos los Estados se puedan someter en un plano de igualdad para dirimir conflictos, y mucho menos si el tema involucra la totalidad de su economía. Entontes cualquier instancia

¹⁷² Krueger, Anne O., *¿Deberían poder declararse en quiebra los países como Argentina?*, “El País”, Madrid, 18/1/02, disponible en www.imf.org/external/np/vc/2002/011802s.htm, señala: “Cuando nos planteamos la posibilidad de un nuevo enfoque, lo primero que hicimos es preguntarnos por qué algunos países esperan tanto tiempo para reestructurar las deudas insostenibles. La resistencia a enfrentarse a conflictos económicos y políticos es evidentemente parte de la respuesta, y ningún planteamiento nuevo puede ni debe descartarla por completo. Pero también son importantes las barreras logísticas y legales”.

que se pretenda imponer va a reproducir el poder desigual del concierto de naciones, lo cual a mediano plazo no haría más que institucionalizar el sometimiento del Estado sobreendeudado y débil bajo el poder de los acreedores y sus aliados políticos.

Los modelos de insolvencia ensayados desde principios de la década del ochenta incluyen la propuesta respecto del juez que conocerá en el trámite. En un primer momento la mayoría de los autores proponían que fuera el Fondo Monetario Internacional quien oficie como Corte Internacional de Quiebras, tal el caso de Oechsli en 1981, Sachs¹⁷³ en 1995 y luego Krueger en 2001. Pero el organismo no puede ofrecer ninguna garantía de imparcialidad ya que es a la vez acreedor de los Estados en crisis, de modo que su actuación como parte en un procedimiento de insolvencia anularía la posibilidad de cumplir a la vez el rol de juez, y porque –además– se trata de una organización gobernada mediante el voto múltiple o privilegiado de los países exportadores de capital (EEUU tiene 19 votos) lo cual evidentemente condicionará la visión y tendencia de cualquier tribunal que dependa de esa estructura.

Frente a esta postura se destacan teóricos como Raffer¹⁷⁴ quien advierte que “en las relaciones norte-sur, los acreedores son jueces, jurados, alguaciles, partes interesadas, agentes ejecutivos y testigos, y a veces aún el abogado del deudor, retrasando la aplicación de una solución económica justa a favor de sus intereses miopes”, dicho lo cual propone un esquema de resolución de conflictos para las crisis de deuda pública en el marco del arbitraje internacional bajo la órbita de la Organización de Naciones Unidas, integrado por jueces designados por las partes, con sede en el país deudor o un país vecino y que sólo “aprobaría una solución si ésta incorpora una negociación justa y equitativa, obtenida de manera abierta y desprovista de engaños, por sutiles que sean, como lo exige la ley en EEUU”, en referencia al capítulo 9 de la ley de quiebras. En lo sustancial Acosta y Ugarteche¹⁷⁵ coinciden con este planteo pero con la variante de que la competencia la tenga un tribunal de arbitraje institucional al que denominan “tribunal de arbitraje de deuda soberana”, superando así la dificultad del procedimiento del nombramiento de árbitros *ad hoc* que siempre implican abrir una instancia que se sabe interminable, especialmente si se tiene en cuenta la dispersión de los acreedores.

¹⁷³ Sachs, Jeffrey, *Do we need an international lender of last resort?*, Frank Graham Lecture, Princeton University, disponible en <http://academiccommons.columbia.edu/catalog/ac:124041>.

¹⁷⁴ Raffer, Kunibert, *Deuda externa y procedimiento de arbitraje internacional*, disponible en <http://homepage.univie.ac.at/kunibert.raffer/CAPITUL9.pdf>, p. 10 postula: “En conformidad con el principio básico del Estado de derecho de que nadie debe ser juez en su propia causa –un principio vulnerado francamente por los acreedores internacionales–, las leyes de insolvencia en todos los sistemas civilizados reclaman que una institución imparcial decida la reducción de la deuda para asegurar una solución justa... Al nivel internacional la instancia imparcial debe ser un panel de arbitraje, porque ni en el país acreedor ni en el deudor se puede garantizar la imparcialidad de las cortes nacionales. En el derecho internacional, el arbitraje es un mecanismo tradicional y conocido, usado también en el pasado. El Acuerdo de Londres preveía que las diferencias entre Alemania y sus acreedores debieran ser solucionadas mediante arbitraje”.

¹⁷⁵ Acosta, Alberto - Ugarteche, Oscar, *Una propuesta global para un problema global. Hacia un tribunal internacional de arbitraje de deuda soberana*, disponible en www.nuso.org/upload/articulos/3103_1.pdf.

Dentro de los modelos teóricos de los que se puede pasar revista resulta entonces que la posibilidad de contar con un tribunal institucional en el ámbito de la ONU sería la que mejor satisface los requisitos de eficiencia procesal y ecuanimidad para la puesta en marcha de un procedimiento de reestructuración de deuda financiera estatal. No obstante tal solución no alcanza para resolver el tema de las atribuciones del tribunal en caso de falta de acuerdo o para ejecutar un concordato al Estado deudor. En lo sustancial podríamos asociar la propuesta de un tribunal de arbitraje internacional para atender cuestiones de insolvencia, a la ya citada moción de Horace Porter expuesta en la Conferencia de la Haya de 1907, de modo que la réplica de Luis María Drago, respecto de que se trataría de una postergación del problema más que una solución definitiva, constituye una afirmación crítica que resulta también plenamente actual. Retomando el pensamiento de Drago se debe tener presente que cuando se habla de reestructuración de deuda se hace referencia a un proceso universal que abarca todo el pasivo público o por lo menos todo el pasivo financiero, de modo que el sometimiento de un país a la instancia de un tercero con facultades de juez equivale a una intervención formal en su economía, aún cuando ello no implique el desplazamiento de las autoridades nombradas conforme el procedimiento legal interno del Estado encausado tal y como ocurre con la mencionada propuesta Raffer en los términos del capítulo 9 de la ley de quiebras norteamericana. Esto es así porque, a diferencia de un conflicto bilateral cuya litis consiste en dirimir quien de las partes tiene la razón en el caso, el tema de la reestructuración de pasivos públicos se da en el marco del *estado de necesidad* general cuya evaluación implica el sometimiento a examen de las políticas públicas tanto anteriores a la crisis cuanto las que se propongan para superarla. Así entonces el mero hecho de que un tercero ajeno al Estado deudor tenga atribuciones para realizar una evaluación de mérito de las decisiones tomadas por el poder político, conduce a una inaceptable erosión de su soberanía. En tal sentido resulta esclarecedor el citado caso “Borri”, sentenciado en 2005 por la Corte de Casación italiana, en razón que establece el deslinde de competencia: cuando se trata de un proceso ejecutivo por cobro de bonos de deuda admite la jurisdicción italiana para encausar al país deudor, pero se inhibe si el caso queda comprendido por normas de emergencia económica general, por considerar que el tal proceder legislativo es siempre un acto *iure imperii*, cuya evaluación de oportunidad y mérito queda bajo exclusiva atribución del Estado que las dicta.

En este orden de ideas Bulow¹⁷⁶ pone énfasis en el foco del problema cuando advierte que las leyes de inmunidad que en los Estados Unidos y el Reino Unido que dieron paso al enjuiciamiento de los Estados deudores extranjeros ante sus tribunales, son la verdadera causa distorsiva y por lo tanto su derogación no sólo se justifica en razones de equidad y eficacia de la ejecución, sino también en el de la moralización del sistema financiero internacional. Este autor plantea la necesidad de que la deuda doméstica y externa tenga un tratamiento conjunto, agregando que el mismo país deudor deberá preocuparse de lograr confianza internacional en su propio sistema jurídico si pretende colocar emisiones de deuda. Pero en rigor el problema no está en la norma sino en la interpretación amplia por parte de los tribunales nortea-

¹⁷⁶ Bulow, Jeremy, *First world governments and third world debt*, Brooking Papers on Economic Activity, vol. 1, 2002, disponible en <http://people.ucsc.edu/~hutch/Econ241a/Articles/BulowBrookings2002.pdf>.

americanos conforme los citados casos “Allied” y “Welter”. Es que, aún reconociendo el avance de la doctrina de la inmunidad relativa de los Estados en la comunidad internacional y en las legislaciones nacionales, la inmunidad como regla sigue subsistiendo, y, en consecuencia el enjuiciamiento del Estado en jurisdicción extranjera debe estar expresamente prevista como excepción, y siendo esto así basta con reconocer que ninguna legislación establece expresamente la jurisdicción extranjera para entender en un procedimiento de insolvencia del Estado para concluir en la inhibición de todo juez o tribunal distinto de los del propio deudor. Por eso es que la cuestión central, tal y como podría inducirse de la propuesta de Bulow, no pasa por buscar el mejor juez para enjuiciar al Estado en materia de insolvencia sino por reconocer que esa es materia no justiciable en el extranjero, tal y como se desprende de la jurisprudencia de la Corte italiana (caso “Borri”), la Audiencia de Madrid (caso “Pérez Celis”) y de nuestro alto tribunal (casos “Brunicardi”, “Galli” y “Claren”).

Con estos datos y juicios de valor la cuestión del juez competente en la reestructuración de deuda pública permite un análisis del *ser* actual o *de lege lata* y otro del *deber ser* o *de lege ferenda*, finalmente complementarios. Desde la perspectiva de *lege lata* estamos al reconocimiento de la legitimidad de un trámite de reestructuración de deuda encarado por el Estado deudor que determina la incompetencia de cualquier juez extranjero para entender en la causa singular de todo acreedor alcanzado (cfr. fallos “Borri” y “Pérez Celis”). Por el contrario si el juez extranjero desconoce la aplicación obligatoria de los procedimientos de reestructuración de deuda promovidos por el Estado deudor a los acreedores disidentes, las acciones iniciadas bajo su jurisdicción seguirán su curso, tales los casos promovidos en la jurisdicción de Nueva York. Vale decir que la situación actual en cuanto a la competencia del juez para el tratamiento de la insolvencia soberana pasa por el reconocimiento o no de la validez de las normas dictadas por el Estado deudor para encausar su crisis financiera, que en nuestro derecho se precisa en los fallos “Brunicardi” y “Galli” en cuanto al control de constitucionalidad de exclusivo conocimiento de los jueces locales del país deudor. Entonces, si desde la postura que propiciamos estamos a la reserva de atribuciones del Estado deudor para dictar normas en *estado de necesidad*, bastará como complemento *de lege ferenda* el reconocimiento internacional de tal eximente de responsabilidad sumado a la consagración de un juez internacional en el ámbito de la ONU con atribuciones limitadas a decidir si se dan las condiciones de hecho que invoca el país deudor para acreditar la circunstancias que hacen a la emergencia económica que habilitan el dictado de normas destinadas a la reestructuración de su deuda con alcance global.

d. Verificación de créditos. Deudas odiosas

Cuando se abre un procedimiento judicial de reestructuración de deuda privada, se suspenden los trámites judiciales por reclamos de los acreedores quienes para ser reconocidos como tales deben presentarse a verificar sus créditos. Este trámite verificadorio se justifica porque el procedimiento de insolvencia es universal y por lo tanto debe conocerse todo el pasivo a fin que el deudor ofrezca propuestas de reestructuración, con ajuste a las características y volumen definitivo de su deuda, y los acreedores puedan tomar decisiones acerca de la viabilidad de las propuestas. Por otra parte el análisis del pasivo permite su depuración cuando la causa o título en que se fundan los créditos no fueran legítimos, de modo que el procedimiento

conduce a descartar las deudas fraudulentas que llevaran a exagerar el pasivo en perjuicio del deudor pero también en resguardo de los intereses de los restantes acreedores.

En la literatura sobre los modelos de insolvencia soberana no se ha puesto mayor énfasis en este aspecto, sin embargo la aplicación de un procedimiento de verificación de créditos podría constituir un elemento determinante para eliminar el riesgo moral que advertíamos en la connivencia de los gobiernos y el sistema financiero en perjuicio de los ahorristas particulares y los ciudadanos del país deudor. Esto es así porque el trámite verificador vendría a funcionar como un mecanismo de revisión de las laxas condiciones de la contratación de los empréstitos públicos, que exigiría como mínimo un confronte de los contratos de endeudamiento con el ordenamiento jurídico del deudor.

Esta propuesta no es novedosa sino que se corresponde con la doctrina más antigua en la materia. Decíamos que entre las condiciones jurídicas para el sobreendeudamiento soberano figura la imputación ilimitada de los actos de gobierno al Estado deudor aún en condiciones que mencionamos como *ultra vires*. Sin embargo esta condición disuasiva para el consentimiento del acreedor (*ex ante*) registra algunas situaciones que por evidentemente abusivas han dado lugar a límites que derivaron en la inimputabilidad (*ex post*) de la deuda al Estado. Hablamos de las deudas soberanas agrupadas bajo el rótulo de deudas odiosas para identificar a aquellas consideradas nulas o bien inimputables al Estado por haber sido contraídas, creadas y utilizadas contra los intereses de los ciudadanos del país.

Esta doctrina nace a principios del siglo XX para explicar y justificar los casos de desconocimiento de deuda en el marco de la problemática planteada por la descolonización y las transformaciones de sistemas de gobierno que venían ocurriendo desde el siglo XIX. Como ejemplo de inimputabilidad por sucesión de Estados pueden tomarse los casos de desconocimiento de deuda por parte de Perú al tiempo de declarar su independencia (1821) respecto de la contraída por el Virreynato antecesor, o el caso similar de Cuba (1898) cuando transforma su estatus internacional de colonia española a protectorado de Estados Unidos. Mientras que para ejemplificar los casos de inimputabilidad por cambio de régimen político, se puede citar el de las deudas contraídas por el régimen zarista rehusadas por el gobierno bolchevique instalado a partir de la Revolución de 1917, o bien una situación especial dentro de esta categoría que se corresponde con lo que se consideró deuda contraída por el usurpador del poder político, tales los casos de los empréstitos del régimen de Maximiliano I de México desconocido por el gobierno de Benito Juárez (1867), o del reinado de Miguel I de Portugal (1828-1834) que rechaza su sucesor Pedro bajo el argumento de la ilegitimidad sucesoria en el ejercicio del poder por parte de aquél.

Luego en 1923 con el fallo dictado en el caso “Tinoco” la doctrina que identifica a cierta deuda como odiosa se amplía. La particularidad del caso es que el árbitro, William Howard Taft, quien fuera presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, dispuso la inimputabilidad al Estado de Costa Rica de las deudas contraídas por el gobierno de Federico Alberto Tinoco Granados con el Royal Bank of Canadá, pero no por la ilegitimidad del ejercicio del poder –Tinoco Granados asumió el go-

bierno *de facto*– sino fundado en que el empréstito se concretó con destino al enriquecimiento personal del gobernante y con el conocimiento del acreedor¹⁷⁷.

Desde esta perspectiva, la categoría y calificación de deuda odiosa resulta aplicable al pasivo financiero de nuestro país relevado en el fallo dictado en 2002 por el juez Ballesteros en la causa “Olmos, Alejandro c/Martínez de Hoz, Alfredo y otros s/defraudación”, tanto por tratarse de una deuda contratada por un gobierno ilegítimo con conocimiento del acreedor (la causa se inicia en 1982 a fines del régimen de facto, 1976-1983), cuanto porque se demostró con las pericias agregadas al expediente que los fondos involucrados en esos préstamos no fueron aplicados en beneficio del Estado argentino. Sin embargo, la posterior refinanciación de esos empréstitos, en especial la realizada en el marco del Plan Brady durante la década del noventa, tornó nebuloso el deslinde sobre el origen, las causas y la aplicación de los fondos, y por lo tanto inviable la aplicación de la doctrina de la deuda odiosa o ilegítima, aún apelando a la tesis de la nulidad absoluta –es decir insusceptible de subsanación posterior del acto jurídico–, respecto de los empréstitos contratados por la dictadura militar.

Teniendo en cuenta las convenciones internacionales tendientes al reconocimiento internacional de la sucesión de Estados (Convención de Viena de 1983), la proyección y actualidad de la doctrina de las deudas odiosas finca más sobre los argumentos del caso Tinoco, cuyo principio medular se cifra en la nulidad o inimpugnabilidad al Estado por los empréstitos contratados en fraude por aplicación desviada de fondos, vale decir sin beneficio para el Estado y con la complicidad del acreedor. En esta línea autores como Sack, padre fundador de la doctrina de la deuda odiosa, ya en los años veinte asimilaba al concepto de deuda odiosa todas las obligaciones contraídas debido a los intereses manifiestamente personales de un gobierno o de sus miembros, que no tiene ninguna relación con los intereses del Estado, mientras que otros autores como Frankenberg y Knieper, en los años ochenta, traen la idea de que deuda odiosa y por lo tanto repudiable, es toda aquella que fuera hostil al desarrollo¹⁷⁸. Bajo este análisis cabría auditar y desconocer gran parte de la deuda soberana actualmente vigente, dado que caería bajo esta categoría cuanto menos la deuda contratada para el salvataje de los bancos –creadora de una espiral diabólica en donde el sector salvado pasa a beneficiarse de la fragilidad resultante¹⁷⁹– y también aquella contratada por empresas privadas que luego asume el Estado¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Naciones Unidas, *Reports of international arbitral award*, Aguilar, Amory and Royal Bank of Canada claims (Great Britain vs. Costa Rica, Tinoco case), 18/10/23, vol. I, p. 369 a 399, disponible en http://legal.un.org/riaa/cases/vol_I/369-399.pdf: “The bank knew that this money was to be used by de retiring president, F. Tinoco, for his personal support after he has taken refuge in a foreign country. It could not hold his own government for the money paid to him for this purpose”.

¹⁷⁸ Fernández Tomás, Antonio, *Deuda externa, nuevo orden económico y ordenamiento jurídico internacional*, cursos de derecho internacional de Vitoria/Gasteiz, 1989, p. 152, cita y traduce de Recueil des Sentences Arbitrales Nations Unies, t. XI, p. 177, cita a Sack, A. N., *Les effects des transformations des Etats sur leurs dettes publiques et autres obligations financières*, París, 1927, y a Frankenberg, G. - Knieper, R., *Problèmes juridiques du surendettement des pays du Tiers Monde. Actualité de la doctrine des dettes odieuses*, París, 1985.

¹⁷⁹ Hernández Viguera, Juan, *El casino que gobierna el mundo. Mañas y trampas del capitalismo financiero*, Le Monde diplomatique.

¹⁸⁰ Raffier, *Deuda externa y procedimiento de arbitraje internacional*, p. 13, señala: “Privatización de deudas socializadas: Hay gobiernos forzados por la banca a hacerse cargo de pérdidas originadas en préstamos privados, tomados sin implicación gubernamental alguna. La razón de tal proce-

Pero lo cierto es que, pese a algunas iniciativas unilaterales recientes como la condonación de deuda efectuada por Noruega¹⁸¹ o la revisión promovida por Ecuador sobre su pasivo externo¹⁸², el precedente Tinoco no ha servido como *obiter dictum* para el bloqueo de ejecuciones en el ámbito del jurisdiccional interno de las principales plazas financieras. Es por eso que el procedimiento de verificación de créditos soberanos se torna indispensable en cualquier modelo de insolvencia de deuda pública, de otro modo resulta inviable cualquier intento moralizador dejando impune el abuso del crédito por gobiernos y agentes financieros, en tanto actúan con conocimiento de haber perfeccionado contratos inmunes de toda revisión.

e. Régimen de privilegios. Pasivo financiero y pasivo social

Un régimen de privilegios es básicamente un instituto que establece el orden de prioridad de pago de créditos. En situación de escasez, es decir con un patrimonio activo impotente para atender a todo el pasivo, la regla general es que los acreedores soporten las pérdidas y perciban las acreencias proporcionalmente y en las mismas condiciones (*pari passu*), así es que el reconocimiento de créditos privilegiados constituye un régimen de excepción que a su vez expone un juicio de valor acerca de las prioridades plasmadas en el ordenamiento jurídico.

Si tomamos el ejemplo de nuestra ley de concursos y quiebras (24.522) veremos que se establece un orden en donde los créditos financieros en general se encuentran postergados frente a prelación de los que tienen origen en relaciones laborales o compromisos fiscales. Esta prioridad se contempla tanto en la fase de reestructuración del pasivo (concurso preventivo), desde el reconocimiento de un procedimiento especial para el pago prioritario de créditos a los trabajadores (pronto pago, art. 16) hasta el establecimiento de un régimen especial de mayorías para la

der es sencilla y fue parte de la crisis asiática de 1997: los deudores privados pueden declararse en quiebra, en cambio no se permite lo mismo, por parte del norte, a los deudores oficiales. Este es un claro ejemplo de que la falta de un procedimiento de insolvencia internacional es una imperfección del mercado. Aquella socialización de las pérdidas privadas debe declararse nula y sin efecto —esas deudas deben ser re-privatizadas—.

¹⁸¹ “Entre 1976 y 1980, Noruega exportó 156 navíos a 21 países del Sud por un monto total de 440 millones de euros, no para sostener el desarrollo de esos países sino para ayudar a su propia industria naval en crisis. Esas exportaciones fueron pagadas mediante préstamos contratados por los países concernidos con la agencia noruega de créditos a la exportación, y el GIEK. Hoy Noruega reconoce en esa campaña de exportaciones un fracaso en términos de política de desarrollo. Noruega es de todas maneras acreedora de 7 de los 21 países (los 5 citados precedentemente, más Birmania y Sudán) pero las mencionadas deudas no aportaron a los pueblos más que pobreza, deuda ilegítima y malversaciones financieras. Por ejemplo en Ecuador, un estudio llevado a cabo por el Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES) y por la Comisión para el Control Civil de la Corrupción (CCCC) reveló que la deuda inicial por la compra de navíos era una deuda privada de 13,6 millones de dólares pero se transformó en una deuda pública de 50 millones de dólares asumida ilegalmente por el gobierno ecuatoriano” (comunicado de prensa del Comité para la Anulación de la Deuda del Tercer Mundo, 11/10/06, el CADTM celebra la iniciativa de Noruega sobre la deuda y pide a todos los acreedores de ir todavía más lejos, disponible en www.cadtm.org).

¹⁸² A partir de 2007 en la República del Ecuador se constituyó la Comisión para la Auditoría Integral del Crédito Público con la misión de “crear una instancia de auditoría que establezca la legitimidad, legalidad y pertinencia de préstamos, de las negociaciones y renegociaciones; que, además, señale las responsabilidades y corresponsabilidad de prestamistas, los impactos sociales, económicos y ambientales, y sobre todo, que permita fundamentar acciones soberanas y reparadoras respecto de los pagos realizados y los futuros” (www.auditoriadeuda.org.ec).

aprobación del concordato o aún la posibilidad de no incluir estos créditos en la reestructuración (Título II, Capítulo IV), y también en la fase de liquidación del patrimonio (quiebra), donde los acreedores quirografarios o sin privilegio se ven postergados ante la prioridad de cobro de los trabajadores y el fisco (Título IV, Capítulo I).

Es que la arquitectura jurídica para el tratamiento de la insolvencia doméstica lo define el legislador y el juez teniendo en consideración la sustentabilidad económica y política del país, vale decir que quien fija las pautas se encuentra involucrado en la solución toda vez que es partícipe de la comunidad a la que se aplica el ordenamiento jurídico que desarrolla y aplica. En cambio en el plano internacional, si se reconoce la posibilidad de ejecutar la deuda de un Estado en los tribunales locales de otro, partiremos de la base de que el ordenamiento jurídico no contiene al deudor ni sus intereses, de modo que la sustentabilidad de su economía se apreciará como un hecho ajeno, tal y como lo expresara Ciuro Caldini “El cobro compulsivo de un Estado por decisión de otro Estado significa que, a diferencia de lo que sucede con los intereses particulares en el marco de los Estados, donde la compulsión se ejerce por una comunidad que de cierto modo los tiene en cuenta y los integra, se trata de la fuerza aplicada por un país que no tiene en cuenta ni integra los intereses del otro país. La compulsión es más legítima cuando hay ‘autocompulsión’, o sea que el sujeto pasivo es tenido en cuenta y esta de cierto modo representado por quien la ejecuta; pero esto no sucede si se trata de la fuerza aplicada por un Estado contra otro, donde intervienen sujetos que, por no poder incluirse uno ‘dentro’ del otro, resultan extraños”¹⁸³.

Así lo demuestran el tratamiento desigual de las reestructuraciones de deuda. Cuando el acreedor se involucra en la solución porque la sustentabilidad del deudor lo afecta, tenemos un régimen donde las deudas financieras quedan postergadas o condicionadas al buen funcionamiento de la economía, tal y como ocurrió en el mencionado Acuerdo de Londres de 1953, que se repite en otros casos como los de Indonesia, Irak y Egipto. Por el contrario cuando la suerte de la economía del deudor le resultaba indiferente al acreedor, como es regla desde la década del ochenta, la renegociación de la deuda se ordena exclusivamente a efectivizar el cobro. En el primer caso se busca una salida política y diplomática que permita al deudor “*pagar sin empobrecerse*” mientras que en el segundo la visión individualista del acreedor proyecta un régimen de privilegios donde la prioridad la tiene el cobro del pasivo financiero.

A falta de un régimen normativo el orden de privilegios se reconoce por la experiencia y se impone de facto a favor del sector financiero, lo cual se puede verificar desde dos ángulos. El primero es el que muestra al Fondo Monetario Internacional ocupando un doble rol, el de prestamista y síndico, en los procedimientos de reestructuración informales en las sucesivas crisis de deuda pública, con la misión principal de implementar planes de ajuste estructural a fin de lograr ahorros para el pago de deuda a costa de un estrangulamiento fiscal sin reparar en consecuencias sociales. Y el otro lo muestra la jurisprudencia de los tribunales neoyorquinos, en cuyo seno se sientan las bases para la especulación financiera de deuda soberana en cesación de pagos a partir del fallo “Allied” de 1985, doctrina se consolida con los

¹⁸³ Ciuro Caldani, *Aportes metodológicos trialistas para la consideración de la deuda pública externa*, p. 82.

siguientes “Pravin” de 1997 y “Elliot” de 1997, teniendo en cuenta el único interés de los acreedores tanto en la preservación del mercado secundario de deuda cuanto en la elegibilidad de la plaza de Nueva York por parte del sistema financiero internacional, como los valores fundamentales que inspiran y sustentan las decisiones judiciales¹⁸⁴.

Desde esta visión, que sólo contempla el interés de la masa de acreedores, el problema de los privilegios pasa exclusivamente por considerar si las instituciones financieras internacionales (FMI y Banco Mundial) deben cobrarse con prioridad, por tratarse de prestamistas de última instancia sin ánimo de lucro, con relación a los acreedores financieros privados. Es así que en la práctica internacional el problema de los privilegios se limitó al debate acerca de cual de los acreedores financieros cobra primero, desinteresándose del problema del pasivo social, tan es así que una de esas instituciones, el Fondo Monetario Internacional, es justamente el organismo impulsor de reformas en los Estados deudores que implican la postergación de derechos sociales de la población como condición de acceso a nuevos créditos para pagar los antiguos, constituyéndose en el verdadero artífice y ejecutor de un régimen de privilegios invertido, donde se prioriza la seguridad y el lucro del sistema financiero y se posterga la sustentabilidad económica y social del Estado deudor. También respecto de esta paradoja opinó Raffer “Estas instituciones suelen insistir en que se les devuelva la totalidad con interés, aún cuando haya daños causados por la imprudencia grave de sus propios equipos. Los daños deber ser asumidos por el propio deudor; como mucho se le concede un nuevo préstamo para corregir los daños causados por el primero. El riesgo moral que se deriva de este proceder es evidente y debe ser suprimido”.

Esta posición entiende que el pasivo financiero es externo al Estado, mientras que el pasivo social es interno, de modo que quienes aparecen como acreedores subordinados son los ciudadanos, en tanto parte del mismo Estado representado por su gobierno. Como si se tratara de una sociedad comercial donde los socios son los ciudadanos y los acreedores financieros son terceros que ante la quiebra del ente perciben sus créditos con prelación a la cuota de liquidación respecto de los mismos socios, en la crisis de deuda estatal los acreedores buscan imponer el criterio de que los primeros perjudicados deben ser los mismos ciudadanos en una calidad de aparente analogía a la del socio de una corporación mercantil.

Sin embargo, el concepto del *estado de necesidad*, incorporado al derecho internacional y su consagración en la jurisprudencia reciente, abre paso a una construcción jurídica de la cual dimana un régimen de prelación de créditos donde el pasivo social y el que hace al mantenimiento de los servicios básicos del Estado, debe atenderse con prioridad postergando a las deudas financieras. En rigor no se trata de un catálogo de créditos, identificados y jerarquizados, sino una declaración de

¹⁸⁴ Bohoslavsky, *Créditos abusivos. Sobreendeudamiento de Estados, empresas y consumidores*, p. 514 y 515 destaca, refiriéndose al caso “Elliot”, que: “Es importante remarcar que la sentencia definitiva reconoció una notable influencia en las políticas económicas, puesto que —señala el fallo— si rechazara la demanda, el atractivo del Estado de Nueva York para el mundo financiero se vería drásticamente reducido, ya que de ese modo se fomentaría la emigración de capitales hacia otras jurisdicciones. Además advierte que si no se resolviera del modo en que se lo hace, se alteraría el carácter voluntario del Plan Brady, al mismo tiempo que se alteraría el desarrollo del mercado secundario cuya existencia se funda en la posibilidad de demandar que otorgan los títulos adquiridos”.

principios como efecto concreto de la insolvencia del Estado. Así en el citado fallo “Galli” se lee: “Que es un principio aceptado que los Estados nacionales se encuentran obligados a cumplir de buena fe con los compromisos que contraen en materia de deuda pública, el que ha sido concretado en reglas que surgen de diversos tratados internacionales. Que también es un principio recibido que, en situaciones de extrema necesidad o crisis institucionales gravísimas, dichas obligaciones no pueden ser cumplidas hasta el límite de suprimir servicios esenciales que afectarían derechos primarios de los ciudadanos. Ello también ha sido plasmado en numerosos tratados internacionales, de rango constitucional, que obligan al Estado nacional a cumplir con un estándar mínimo de derechos humanos. Que la tensión surge evidente cuando para honrar puntualmente con las obligaciones financieras, el Estado deja de cumplir con otras que asumió en materia de derechos humanos”, concluyendo “que la regla general es el respeto de las condiciones pactadas, las que sólo pueden ser modificadas en situaciones de emergencia excepcional y gravísima, y ello ocurre cuando el cumplimiento puntual lleva al Estado a su propia crisis y al sacrificio de derechos fundamentales de la población que debe proteger” (consids. 12 y 14, voto de los doctores Zaffaroni y Lorenzetti) “que ningún Estado puede ser obligado al cumplimiento de acuerdos que superen su capacidad de pago, en detrimento de sus fines esenciales. Así, el cumplimiento de los propósitos básicos para el desarrollo de la nación, debe actuar como límite a cualquier tipo de propuesta de acuerdo con los acreedores” (consid. 3, voto de la doctora Argibay). Criterio éste que se ve reflejado en el citado fallo “Pérez Celis” y también en el anotado caso “Borri”, cuyo fundamento para asignarle carácter de acto de Estado (*iure imperii*) a las normas de emergencia dictadas por el gobierno argentino enfatiza en que se trata de una regulación financiera “para la protección de las necesidades primarias de supervivencia económica de la población en el contexto de una seria emergencia nacional” que tiende a la salvaguarda del “valor universal de la dignidad humana”.

Quedan de manifiesto dos posturas en pugna. De un lado tenemos la posición que define al Estado como sujeto mercantil –aunque sin un derecho de insolvencia al que pueda acudir en caso de crisis económica– en donde los ciudadanos son socios o partícipes del ente y por lo tanto, en caso de insolvencia son postergados en sus derechos por quienes son terceros al ente, que son los acreedores financieros. Mientras que en el lado opuesto se prioriza al Estado como un sujeto de derecho público y necesario que ante la crisis debe privilegiar su supervivencia y la protección de los derechos humanos de su población, partiendo de la existencia de un *derecho de gentes* superior e inderogable por cualquier acto o contrato, todo lo cual sirve de fundamentación para el reconocimiento de un orden de prelación o régimen de privilegios que en caso de insolvencia coloca a los derechos sociales en primer grado relegando el cobro de los créditos financieros.

El confronto de ambas visiones, que fluyen de similar jerarquía como fuente de derecho positivo en tanto las dos encuentran apoyo en sentencias de tribunales locales, son la muestra cabal del carácter instrumental del derecho, inescindible de su dimensión axiológica y de los intereses que en definitiva tutela. Por tal motivo la definición de un catálogo de créditos privilegiados en situaciones de crisis definirá los valores que inspiran el procedimiento de reestructuración de deudas. En definitiva establecer que ciertos créditos, tales como los de jubilaciones, seguros por desempleo, programas de salud o empleo público, se reconozcan internacionalmente de

atención prioritaria de cualquier Estado deudor frente a la cancelación del pasivo financiero en situación de crisis económica, responderá al mismo principio expresado en el título anterior, es decir al establecimiento de pautas objetivas y obligatorias por parte de los gobiernos para plantear los procedimientos de reestructuración de deuda en forma temprana como medida de prevención y protección del tejido social.

f. Acciones de responsabilidad

El reconocimiento de que el Estado puede atravesar situaciones de insolvencia patrimonial, conduce al análisis de las causas del quebranto. Bien podría ocurrir que la quiebra se deba a causas fortuitas, pero la experiencia reciente muestra que lo usual es que los gobiernos recurran de manera crónica al crédito para sanear cualquier déficit a cualquier precio. En tales casos pueden darse situaciones en que los créditos se otorgaron con efectivo conocimiento del estado de cesación de pagos por parte de los agentes que concretan el negocio financiero, así como que el mismo crédito contribuya a profundizar la crisis por las condiciones leoninas en que se otorga.

Nuestra ley de concursos y quiebras (24.522) prevé para los entes privados las acciones de recomposición patrimonial y la inoponibilidad de los actos en fraude contra el patrimonio del deudor. Se establece que “Los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados” (art. 173) y luego continúa “Quienes de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo” deben también indemnizar los daños y no tienen derecho a ningún reclamo contra el fallido. Además se dispone que pueden ser declarados nulos los actos que perjudiquen el patrimonio del deudor y que fueran realizados con la participación del acreedor en conocimiento del estado de cesación de pagos de aquél.

Estos institutos no han sido considerados en los trabajos teóricos relacionados con los modelos de insolvencia soberana. En general el foco de discusión está colocado en los efectos de la insolvencia sin preocuparse por las causas. Es decir que el bien jurídico protegido está puesto en la garantía de pago a los acreedores, desentendiéndose de los perjuicios que las condiciones del endeudamiento causaron al país deudor y a los ahorristas particulares. Probablemente también esta carencia se deba a que el llamado *riesgo moral* se ha estudiado en relación al supuesto abuso de crédito soberano por el respaldo de las instituciones financieras internacionales (IFIs, Fondo Monetario Internacional y Banco Mundial) como prestamistas de última instancia. Desde esta perspectiva se ha sostenido que tanto los gobiernos como los financistas tomarían riesgos elevados por el traslado de las consecuencias que se materializa con la garantía indirecta de los países industrializados¹⁸⁵, lo cual llevaría a concluir que la conducta de quienes concretaron las operaciones financieras se basan en estímulos a los que deben obedecer por tratarse de una decisión racional que optimiza los resultados para ellos y sus representados, descartando así la posibilidad de fraude o de responsabilidad profesional por mala praxis.

¹⁸⁵ Bulow, *First world governments and third world debt*.

Pero en realidad el mayor *riesgo moral* en las operaciones de emisión y colocación de deuda soberana se debe a la total impunidad de los agentes que intervienen en la negociación, en razón del beneficio mutuo del gobierno del Estado y los agentes financieros, unos evitando los costos políticos de la crisis y otros cobrando comisiones, mientras trasladan las consecuencias de la insolvencia sobre la población del país deudor y los ahorristas particulares. Siendo esto así el bien jurídico que se debe proteger es por un lado el patrimonio del Estado y el bienestar de su población, y por el otro el ahorro del inversor o del cliente bancario. De lo que se trata entonces es de lograr instrumentos jurídicos ordenados a prevenir y reprimir conductas de los funcionarios de gobierno y de los agentes financieros, que fueran lo suficientemente disuasivos para evitar las operaciones financieras de alto costo para el deudor y de alto riesgo para el acreedor, celebradas en el marco general de insolvencia, es decir con conocimiento del estado de cesación de pagos del país deudor, o bien cuando el mismo negocio financiero fuera un factor detonante de la situación de quiebra.

A este respecto Bohoslavsky propone la aplicación de la teoría del crédito abusivo al sobreendeudamiento soberano, para habilitar la procedencia de acciones tendientes a la reparación de los daños, ampliando de este modo el campo de la teoría de las deudas soberanas odiosas. Desde esta visión se pretende poner límite al riesgo moral que se verifica en casos de colusión entre los administradores del financiero y el deudor insolvente, o cuando los agentes intermediarios no brinden la debida información a los ahorristas perjudicados, procurando evitar la conducta que “consiste en la concesión de préstamos soberanos al margen de las más elementales reglas de evaluación de riesgo crediticio, y que no constituyen un sano ejercicio del crédito sino la asunción irrazonable de riesgos”, situación que ocurre “si de antemano puede preverse que los préstamos concedidos al Estado no facilitarán su recuperación sino que, por el contrario, postergarán su default, facilitando artificialmente su sobregiro y agravando por ello el pasivo”¹⁸⁶.

Podría decirse que en el plano normativo existen figuras generales de responsabilidad civil y penal que tipifican estas conductas. Como ejemplo tenemos que nuestro ordenamiento jurídico prevé un régimen general de responsabilidad civil por daños que incluye normas que agravan la responsabilidad profesional (Código Civil, art. 902. “*Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos*”)¹⁸⁷, y penal que reprime la conducta tipificada por administración infiel (Código Penal, art. 173, inc. 7. “*El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos*”) y por incumplimiento de los deberes de funcionario público (Código Penal, art. 248. “*Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes*”).

¹⁸⁶ Bohoslavsky, *Créditos abusivos. Sobreendeudamiento de Estados, empresas y consumidores*, p. 553.

¹⁸⁷ Actual art. 1725 del Cód. Civil y Comercial.

nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere”).

Pero este régimen general se ha mostrado completamente ineficaz para limitar las conductas abusivas de quienes concretan con dolo –directo o eventual– operaciones de crédito soberano con perjuicio para quienes representan. La jurisprudencia referente a la materia es prácticamente irrelevante teniendo en cuenta la dimensión de la actual problemática de impago de deuda pública. Respecto de la responsabilidad de los agentes financieros frente a los ahorristas por la intermediación en la venta de títulos públicos, no existe registro de acciones en nuestro país pese a las reiteradas crisis de deuda de las últimas décadas. En la jurisprudencia comparada apenas aparecen algunos recientes fallos en tribunales alemanes e italianos que condenan a bancos como agentes intermediarios de colocación de bonos de deuda por incumplir los deberes profesionales a la debida información y asesoramiento sobre los riesgos de la inversión a sus clientes¹⁸⁸. Por su parte, si analizamos la responsabilidad penal de los funcionarios públicos, tenemos en la causa “Olmos”¹⁸⁹ el más claro ejemplo de impunidad ya que, habiéndose constatado el fraude a gran escala llevado a cabo mediante maniobras de endeudamiento del Estado y de empresas públicas con garantía del Estado nacional, no se aplicó ninguna pena para ninguno de los funcionarios de las empresas ni de los gobierno involucrados.

Así entonces, la carencia de una regulación específica que limite el sobreendeudamiento soberano y que tipifique la conducta delictual de los gestores del negocio financiero en caso de fraude contra el Estado y los ahorristas, traduce en la práctica un estímulo para el abuso del crédito público. El ya mencionado *riesgo moral* del sobreendeudamiento soberano encuentra en la falta de normas represivas su causa eficiente, ya que para cuando los créditos se tornen incobrables ninguno de

¹⁸⁸ Bohoslavsky, *Créditos abusivos. Sobreendeudamiento de Estados, empresas y consumidores*, cita fallos relacionados con la intermediación en bonos de deuda argentina, dictados por los tribunales de Franckfurt, Münster, Venecia, Florencia y Mantova, entre 2003 y 2005 (p. 594 a 596).

¹⁸⁹ “Ha quedado evidenciado en el trasuntar de la causa la manifiesta arbitrariedad con que se conducían los máximos responsables políticos y económicos de la nación en aquellos períodos analizados. Así también se comportaron directivos y gerentes de determinadas empresas y organismos públicos y privados; no se tuvo reparos en incumplir la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina; se facilitó y promulgó la modificación de instrumentos legales a fin de prorrogar a favor de jueces extranjeros la jurisdicción de los tribunales nacionales; inexistentes resultaban los registros contables de la deuda externa; las empresas públicas, con el objeto de sostener una política económica, eran obligadas a endeudarse para obtener divisas que quedaban en el Banco Central, para luego ser volcadas al mercado de cambios; se ha advertido también la falta de control sobre la deuda contraída con avales del Estado por la empresas del Estado. Todo ello se advirtió en no menos de cuatrocientos setenta y siete oportunidades, número mínimo de hechos que surge de sumar cuatrocientos veintitrés préstamos externos concertados por YPF, treinta y cuatro operaciones concertadas en forma irregular al inicio de la gestión y veinte operaciones avaladas por el Tesoro Nacional que no fueron satisfechas a su vencimiento. A ellos deben agregarse los préstamos tomados a través del resto de las empresas del Estado y sus organismos, así como el endeudamiento del sector privado que se hizo público a través del régimen del seguro de cambio. Empresas de significativa importancia y bancos privados endeudados con el exterior, socializando costos, comprometieron todavía más los fondos públicos con el servicio de la deuda externa a través de la instrumentación del régimen de seguros de cambio. La existencia de un vínculo explícito entre la deuda externa, la entrada de capital externo de corto plazo y altas tasas de interés en el mercado interno y el sacrificio correspondiente del presupuesto nacional desde el año 1976 no podían pasar desapercibidos en autoridades del Fondo Monetario Internacional que supervisaban las negociaciones económicas” (JuzgNCrimCorrFed n° 2, 13/7/00, “Olmos, Alejandro s/denuncia”, causa n° 14.467, expte. 7723/98).

los gestores de las operaciones ruinosas estará en funciones ni se verá amenazado en su patrimonio personal ni en su libertad por ningún proceso judicial.

Torradiños Basoco pone el acento en que “la lógica mercantil se proyecta sobre las escalas valorativas que han de servir de referencia a la política-criminal”¹⁹⁰, y esta lógica tiene como “único elemento cultural común a los diversos ámbitos sobre los que se extiende el manto globalizador, a la entronización del lucro como motor” lo que resulta determinante para que “el éxito económico pase a ocupar el lugar del valor primero”, que “tanto más se valorará cuanto más rápido y fácil sea” como “es el caso de los personajes enriquecidos en la sociedad casino de los mercados bursátiles y de las burbujas financieras con la consiguiente ridiculización del significado económico y social de propio trabajo y en general de los instrumentos de la economía productiva o real”. De este modo “el sistema penal asume un papel residual representado por una justicia togada, popular por gratuita, pero lenta y no especializada, prácticamente reservada para los menesterosos”.

En conclusión el abstencionismo represivo penal de los Estados frente a los delitos económicos no es otra cosa que la consecuencia de esa escala de valores, lo cual aplica especialmente al mercado financiero, y en particular cuando los mismos Estados resultan ser los consumidores, vale decir la parte débil de la transacción.

Con ello, el proceso de financiarización de la economía global, donde los Estados son principales consumidores, no sólo se transforma en un puente para la transferencia y acumulación de riqueza en el sector financiero sino que también consagra la impunidad de quienes actúan como artífices de esa transferencia, habilitando y garantizando *ex ante* la condiciones jurídicas para que se concrete un crimen perfecto.

3. Justificación del régimen de insolvencia soberana desde el análisis económico del derecho

Como señala Posner “las reglas no prescriben las acciones privadas, no dicen a la gente que tipo de contrato hacer, que riesgos tomar, que profesión seguir”¹⁹¹ pero sí generan estímulos para motivar conductas. Con este enfoque debemos buscar las causas del sobreendeudamiento soberano en las reglas que habilitan e impulsan a agentes financieros y gobiernos a promoverlo. Es que si partimos de la base que *los Estado no quiebran* y que la validez de los contratos de financiamiento se deciden en los tribunales de otro Estado, no hace falta más garantías de solvencia, en tanto la posibilidad de ejecución se mantendrá en el tiempo y pesará sobre las sucesivas generaciones del país deudor, y de impunidad, porque en los tribunales extranjeros no existirá un interés público en investigar la conducta de quienes llevaron a cabo los contratos.

Para los agentes financieros un marco jurídico sin previsión de insolvencia de los Estados, permite tener un consumidor a gran escala que asegura la dimensión de un negocio de intermediación sostenido que reporta crecientes ganancias, mien-

¹⁹⁰ Torradillos Basoco, Juan M, *Empresa y derecho penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 2001, p. 25 a 34.

¹⁹¹ Posner, Richard A., *El análisis económico del derecho en el common law, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo*, “Revista de Economía y Derecho”, vol. 2, n° 7, año 2005.

tras que para los gobiernos el financiamiento internacional les permite conseguir el respaldo para cubrir los costos de cualquier deficiente gestión. El resultado es la distorsión del propio mercado en tanto traduce una clara situación de riesgo moral conforme el cual quienes se benefician, gobiernos y agentes financieros, trasladan las pérdidas a terceros, ciudadanos del país deudor y ahorristas inversores. La cuestión es que mientras se mantenga esta regla para el endeudamiento de los Estados no puede esperarse otra conducta de los funcionarios de los bancos y los gobiernos. Más que una descalificación ética para los artífices de los negocios de financiamiento soberano, lo que tenemos es un marco jurídico que ordena conductas en ese sentido, porque la misión de quien actúa como fiduciario o administrador de fondos es optimizar las ganancias mientras que la de un político es mantener el poder, de modo que sus acciones naturalmente tenderán a utilizar los medios disponibles para desarrollar negocios lucrativos de un lado y el financiamiento del otro, hasta el límite que le permita el derecho positivo. Para lograr escala a nivel global los bancos deben aumentar su cartera activa y los gobiernos, para demostrar buena gestión económica, deben lograr que sus Estados califiquen para nuevos préstamos, aunque ello signifique aumentar sistemáticamente el gasto público por sumatoria de intereses que en un horizonte de mediano plazo termine por colapsar la economía nacional. En otras palabras, bajo las actuales reglas la conducta de los gestores del sobreendeudamiento soberano no sólo no es reprochable sino que resulta natural, esperable y ponderada.

Si tenemos como dato de la realidad actual la existencia de un mercado global de deuda pública, de lo que se trata es que el marco jurídico en el que se desarrolla no sea intrínsecamente distorsivo. En una economía de las llamadas de mercado no es extraño que el Estado establezca regulaciones con el fin de evitar distorsiones o externalidades. La regulación antimonopólica es un ejemplo que desde los Estados Unidos a principios del siglo XX se proyectó en todo el derecho comparado. De modo que es propio de la tradición jurídica contemporánea en que creció el sistema capitalista un régimen de supervisión del mercado que lo estructure y discipline. Pero el problema que plantea el endeudamiento público es que la carencia regulatoria se encuentra fundamentalmente a nivel del consumidor, sumado a que el consumidor es un sujeto de derecho soberano que con sus pares en la dimensión global se relaciona bajo la premisa de la competencia más que las de la cooperación y la solidaridad.

En materia de financiamiento público la intervención de un consumidor que se endeuda pero que no quiebra constituye el factor decisivo para provocar la distorsión, de manera que es aquí donde se encuentra la principal externalidad que es necesario remover. Entonces una efectiva regulación de este mercado no debe atender al oferente o al mercado mismo sino a lograr una protección acorde y ajustada a las características del consumidor que es en este caso el Estado. Ello redundará en mayores riesgos de insolvencia conocidos *ex ante* de cualquier crisis por los acreedores, circunstancia que en definitiva tenderá al equilibrio del sistema ya que toda evaluación de solvencia patrimonial para el otorgamiento de crédito se deberá realizar sobre la base de la evolución de la economía real descartando toda garantía de supervivencia transgeneracional.

Desde la visión del análisis económico del derecho, Posner plantea un ejemplo compatible con nuestro razonamiento. Señala el autor que el *spendthrift trust* reco-

nocido por la legislación norteamericana como un mecanismo de ahorro reservado al pago de educación universitaria, obliga a que el fiduciario se abstenga de pagar con fondos del fideicomiso a acreedores de los fideicomisarios, y esta restricción –que en principio aparece como lesiva del derecho del acreedor y un estímulo para el abuso del deudor toda vez que podrá pedir todos los créditos que quiera, gastar el dinero obtenido y no verse forzado a pagar las deudas aún cuando todo su patrimonio se encuentre bajo el paraguas del fideicomiso– produce un disuasivo para disciplinar el circuito del crédito porque extrema los recaudos de análisis de riesgo, lo que lleva al autor a concluir que con tales instrumentos “estamos a un paso de ver como aumentando los derechos de los deudores en insolvencia lejos de causar una avalancha de préstamos imprudentes lo que provocará será la reducción del monto de los préstamos, y de este modo la frecuencia de las insolvencias”¹⁹².

En idéntico sentido un régimen de insolvencia soberana reconocido por la comunidad internacional que prevea la facultad del Estado de dictar normas de emergencia en caso de crisis económica general, tendería a extremar los recaudos para disciplinar el otorgamiento de créditos limitando el abuso de gobiernos y agentes financieros. De esta manera, aún obviando el análisis de la legitimidad de la contratación de la deuda, se logrará por vía indirecta un antídoto contra el crédito abusivo y la deuda odiosa, ya que la facultad de un gobierno posterior al que contrató la deuda para dictar una normativa de emergencia económica será suficiente para habilitar, si fuera necesario, un sistema *ad hoc* de verificación de créditos.

Sin un régimen de insolvencia la subsistencia de un Estado en quiebra alienta la especulación financiera de quienes lucran con la compra de deuda a precio vil bajo la amenaza de un litigio en tribunales extranjeros que permita aislar al país deudor en la comunidad de naciones, lo cual no sólo es perjudicial para el propio país deudor sino también para quien financió al Estado en tanto vende sus títulos asumiendo anticipadamente las pérdidas. La socialización de las deudas, principalmente entre los habitantes del país deudor, quienes podrán padecer un pasivo crónico que trascienda la generación en la que se originó, pero también en forma indirecta en la comunidad global, por la vía de préstamos de última instancia a cargo de organismos internacionales, termina siendo un factor que no sólo favorece el crecimiento de la desigualdad, mediante la concentración de la riqueza en el sector financiero, sino que también conduce a desequilibrios en el mismo mercado financiero.

El análisis del riesgo crediticio sin un régimen de insolvencia prescinde de la economía real del deudor y su horizonte de crecimiento para fincar en la capacidad del gobierno de imponer políticas de restricción presupuestaria con destino al pago de deuda, o bien en la posibilidad de respaldo financiero de la comunidad internacional por temor al contagio sistémico de la crisis. Desde este punto de vista, un régimen jurídico de insolvencia pública será en definitiva una solución que no eliminan la existencia del mercado financiero sino que lo ordena y disciplina porque apunta a remover los estímulos distorsivos que nacen del carácter de sujeto anómalo del Estado, permitiendo a todos los operadores del mercado financiero disponer de información cierta *ex ante* acerca de las vías de derecho frente a la contingencia de la emergencia económica, que lleven a lograr un equilibrio entre riesgo y ganancia. En otras palabras, no se trata de prohibir el mercado financiero de deuda soberana sino

¹⁹² Posner, *El análisis económico del derecho*, p. 10.

de fijar reglas en donde los Estados si son sujetos mercantiles para ingresar al mercado también lo sean para salir, y quienes con ellos contraten conozcan las prerrogativas que en última instancia se reconocen al Estado en emergencia económica, asumiendo de antemano la imposibilidad de trasladar las pérdidas por el quebranto.

Paradójicamente una solución de mercado que remueva la externalidad que representa la participación del Estado como sujeto anómalo, contribuye a fortalecer al mismo Estado como sujeto de derecho en la comunidad económica global. El solo conocimiento de un derecho de insolvencia al que el Estado puede acudir será suficiente disuasivo para limitar su capacidad de endeudamiento, lo cual en definitiva tenderá a la desmercantilización del Estado sin necesidad de derogar ninguna norma que lo habilita a contratar como un sujeto de derecho privado. Sin el Estado como consumidor indefenso y adictivo es posible reconstruir una relación de fuerzas donde sean los Estados quienes retomen la capacidad regulatoria del mercado financiero, condición necesaria –aunque no suficiente– para imponer la globalización del derecho social.

Con esta perspectiva tendremos una nueva dimensión del análisis económico aplicado al campo jurídico, en tanto las herramientas descriptivas que traducen los índices económicos se podrán utilizar con una pauta prescriptiva orientada a la sustentabilidad de los países en crisis, privilegiando la equidad y solidaridad sobre el lucro, enfoque que permite entender al análisis económico del derecho como un instrumento adecuado no sólo a la lógica mercantil de maximización de la riqueza sino también válido para la búsqueda y consolidación de la justicia distributiva.

4. Notas para un régimen de insolvencia soberana

Pensamos entonces que un régimen o mecanismo de reestructuración de deudas soberanas es necesario para la protección del Estado deudor y también para disciplinar el mercado financiero sobre la base del conocimiento de los riesgos de insolvencia, coherente con la propia lógica mercantil. También consideramos que la cuestión es propia de una dimensión de difícil sistematización jurídica al que identificamos como globalización económica, distinto del perímetro territorial propio del imperio de cada ordenamiento local soberano y también del internacional en el cual se relacionan los Estados entre sí. Por otra parte vimos que durante el último siglo el conflicto surgido de crisis de pago de deuda pública fue abordado desde muy diversos enfoques hasta llegar a la judicialización en tribunales locales propios y ajenos al Estado deudor. Y finalmente ponderamos algunas propuestas elaboradas en las últimas tres décadas desde distintas posturas axiológicas pero que comulgan en la necesidad de dar cauce cierto a un problema recurrente y de decisiva influencia en la economía mundial. Con todo esto tenemos un contexto histórico, un material normativo y distintas miradas como antecedentes para el diseño de soluciones desde el campo jurídico.

Con relación al contexto histórico podemos afirmar que la problemática del endeudamiento del Estado con el sector financiero transnacional involucra a una gran mayoría de las naciones. Desde un problema marginal para la economía mundial en la década del ochenta pasó a ser materia de preocupación de los países centrales a principios del milenio y especialmente después de la crisis del 2008. El dato no es

menor porque, más allá de soluciones de coyuntura, la cuestión permanece vigente y latente, instalándose como una patología crónica que puede o no manifestarse en síntomas pero que siempre condiciona la calidad de vida de sociedad, de modo que el abordaje del tema como cuestión a resolver encuentra el terreno fértil para el debate.

En el análisis del material normativo aparecen las mayores contradicciones. De un lado tenemos soluciones locales que deciden en direcciones extremas opuestas: desde la aplicación literal de los contratos de deuda sin ninguna consideración de crisis financiera del deudor (de derecho privado, p.ej., EEUU, Alemania) hasta la de reconocimiento pretoriano de la concursabilidad del Estado en emergencia económica (de derecho público, p.ej., Argentina, Italia, España). Y del otro lado advertimos que el derecho internacional carece de reglas e instituciones que unifiquen o decidan en última instancia.

Respecto de las propuestas los enfoques responden a una óptica contractualista como lo son la inserción de cláusulas de acción colectiva (CACs) en las emisiones de deuda, y a otra que podemos identificar como estatutaria y que se diferencia de la anterior en que el reglamento para la negociación colectiva se encuentra predeterminado y estandarizado para todas las emisiones. Ciertamente es que ambas representan un significativo avance en dirección a brindar una salida de emergencia a los Estados deudores en crisis, y de las dos más la segunda, ya que las cláusulas de acción colectiva pueden jugar como un límite muy fácil de atravesar para gobiernos que, en su afán de facilitar el endeudamiento, cedan en no incluirlas en las emisiones de títulos. Pero entendemos ninguna resuelve en definitiva la situación en caso de que el Estado deudor no logre las mayorías para celebrar un acuerdo que se imponga a todos los acreedores. En otras palabras, las cláusulas de acción colectiva o los mecanismos de reestructuración estatutarios representan una instancia de negociación institucionalizada que resuelve el importante problema de las minorías disidentes pero deja abierta la cuestión en caso de que no se lleguen a lograr las mayorías previstas, porque el Estado no puede ser liquidado como una firma de derecho privado. De modo que finalmente se estará a la coyuntura, la capacidad de negociación y la relación de fuerzas que pueda desplegar el Estado deudor frente al sector financiero.

Para superar esta aporía jurídica la propuesta debe partir de la base de la existencia necesaria del Estado como un rasgo esencial que lo diferencia de cualquier sujeto de derecho privado e impide toda pretensión de asimilación, pero sin desconocer que la solución debe tender a una mayor integración del Estado en crisis dentro de la comunidad de naciones y no a su aislamiento. Sobre la base de estas premisas la cuestión se inserta como materia de derecho internacional público, para desde allí revertir un proceso de mercantilización del Estado y de protagonismo excluyente del sector financiero en la dimensión global de las relaciones económicas. Pero este enfoque no puede soslayar que la meta de un ordenamiento de insolvencia estatal en el marco del derecho internacional público choca contra la escasa evolución de las instituciones internacionales. Vale decir que la dificultad no es sólo en la cuestión del establecimiento de un reglamento o norma internacional en la materia sino –y fundamentalmente– en su aplicación, en razón de la originalidad que implicaría la constitución de un tribunal con competencia suficiente para encausar a un Estado involucrando toda su política económica y ejecutar las sentencias que en su mérito se dicten. Entonces, ante el precario desarrollo normativo e institucional del

derecho internacional en esta materia, parece necesario no perder de vista que cualquier propuesta debe armonizar con las consignas de limitada reglamentación e intervención de los organismos supranacionales existentes, apuntando a asignar competencias locales para el tratamiento de la problemática.

La cuestión de fondo será determinar si la crisis económica del país deudor es de tal magnitud que habilita una solución de insolvencia, en cuyo caso el mismo Estado será el competente para fijar los medios ordenados a superar la emergencia, por intermedio de sus poderes legislativos, ejecutivos y judiciales. De este modo si el incumplimiento del Estado deudor no se enmarca en una situación de extrema necesidad, el conflicto que se suscite deberá sustanciarse ante los tribunales fijados en las respectivas emisiones de deuda. Por el contrario si la falta de pago se inscribe en un marco de insolvencia soberana, la competencia del trámite individual cesará a favor de la universalidad de la normativa de emergencia que deberá dictar el país deudor. Se integran así las dos posturas controvertidas que sobre el tema muestra la jurisprudencia comparada, reconociendo la validez del pacto sobre jurisdicción extranjera que cederá ante la preeminencia del fuero de atracción que ejerce el procedimiento de reestructuración de deuda. Con la vigencia de las competencias locales, la propuesta de derecho internacional público puede reducirse a dos tópicos: la reglamentación del principio de *estado de necesidad* y la fijación del tribunal que decida sobre su verificación en cada caso.

La idea es diferenciar al Estado *in bonis* del Estado insolvente como criterio para asignar las competencias para la promoción de un juicio individual o para tramitación de un proceso de reestructuración de deuda respetando el atributo de soberanía. Con ese fin la norma internacional deberá atender a tres aspectos: 1) el concepto y las pautas para considerar que la crisis económica del Estado deudor revela un verdadero estado de necesidad; 2) el tribunal competente para decidir si se verifican los hechos reveladores de la situación de emergencia, y 3) los efectos jurídicos que ello implica.

La inclusión del concepto de *estado de necesidad* permitirá eliminar toda duda en cuanto a su reconocimiento como principio universal (*ius cogens*) y su aplicación en toda la dimensión funcional del Estado, tanto en sus relaciones como sujeto público cuanto en las regidas por el derecho privado. Para aproximarnos a una definición podemos decir que *habrá estado de necesidad como eximente de responsabilidad por incumplimiento de pagos a los que estuviera obligado el Estado cuando no pudiera atender su pasivo financiero sin afectar gravemente el presupuesto en materia de seguridad social, empleo, salud, educación y seguridad de su población*. A partir de esta noción ciertamente ampliará precisará las pautas objetivas que permitan apreciar la gravedad de la crisis. Con ese fin la inspiración no puede ser otra que el Acuerdo de Londres de 1953. Bajo la consigna de *pagar sin empobrecerse* aquel acuerdo es un ejemplo de la utilización de pautas de la economía real para limitar los pagos financieros, que perfectamente se adapta a la medición de la emergencia general. Así como en el Acuerdo de Londres se utilizó el límite del 5% de las exportaciones para el pago de las cuotas de capital e intereses, en la noción de *estado de necesidad* se podrán incluir índices de empleo, de balanza de pagos o de producto interno bruto para su valoración objetiva, independiente del criterio del deudor o los acreedores. He aquí la utilización de instrumentos de medición económica al servicio del derecho para la determinación de lo justo con criterio de equidad

social en la dimensión global, que habilita una redefinición del análisis económico del derecho como una herramienta metodológica para la integración económica orientada a la sustentabilidad y cooperación internacional.

Establecidas las pautas para ceñir el concepto de *estado de necesidad*, quedará por determinar el tribunal internacional competente para decidir si efectivamente se dan los requisitos de la norma. La Corte Internacional de Justicia, constituido como tribunal en 1945 en el ámbito de las Naciones Unidas, es quien por tradición aparece como el juez natural para entender en causas de esta índole, más aún cuando su antecesor, la Corte Permanente de Justicia Internacional, fue el tribunal que forjó la jurisprudencia básica en torno de la materia en los citados casos de los empréstitos serbios y brasileños de 1929 y griego de 1939. La función del tribunal no puede asimilarse a la de un juez de quiebras porque su competencia estará limitada a la etapa de evaluación de la crisis para decidir sobre su existencia conforme los parámetros establecidos en la Convención, sin embargo su intervención no es menos trascendente ya que resulta la clave para evitar soluciones unilaterales que se puedan advertir como ilegítimas por no incluir la posición y los intereses de todos los involucrados en el conflicto.

Finalmente, la norma deberá determinar los efectos jurídicos en tanto se verifique o no el *estado de necesidad* del país deudor. En este sentido si el tribunal resuelve que en el caso no se verifican los recaudos previstos en la norma para la declaración de emergencia pública, regirá la jurisdicción de los tribunales locales nacionales o extranjeros para enjuiciar al Estado deudor, conforme lo dispuesto en el respectivo empréstito. Mientras que si la sentencia decide que se dan las condiciones para reconocer el estado de necesidad, cesará la competencia de todo tribunal extranjero debiendo estarse a la solución integral con ajuste a las leyes que en plazo determinado por el mismo tribunal deberá dictar el órgano legislativo del país en crisis bajo el control de su Poder Judicial.

En la práctica estamos hablando de una norma de reenvío, con la mínima pero fundamental intervención del tribunal internacional, cuya sentencia definirá si el Estado deudor se encuentra en situación de insolvencia. De esta manera sin necesidad de establecer un tribunal de casación supranacional, se unificará el criterio sobre el hecho central de la existencia de la emergencia económica, aportando legitimidad a las decisiones de los fueros locales. Luego, siguiendo el principio de subsidiariedad y atendiendo a las complejidades de las economías nacionales, las características del procedimiento para ejecutar la deuda o para reestructurarla será competencia de cada jurisdicción local. En suma el mecanismo de reestructuración de la deuda estará dispuesto por las autoridades legislativa de cada país deudor bajo el control de su Poder Judicial, pero sólo quedará legitimado por el derecho internacional público bajo el cumplimiento de sus normas y una vez habilitado por la Corte Internacional.

Así como la legislación norteamericana e inglesa en materia de inmunidad jurisdiccional relativa de los Estados fue la avanzada decisiva para el desarrollo de una arquitectura jurídica favorable al sobreendeudamiento soberano, la norma de derecho internacional que habilite al país deudor a dictar una legislación de emergencia con el reconocimiento de validez y legitimidad por la comunidad de naciones, invertirá la relación a favor de la protección del Estado como consumidor financiero, significando un cambio radical donde el poder político internacionalmente institucio-

nalizado se impone y desplaza al sector financiero en su rol de legislador de las relaciones económicas globales¹⁹³. Sólo entonces podrá ser posible un derecho regulatorio más amplio como plataforma para que el Estado de bienestar y sus principios se proyecten en un derecho social de alcance mundial.

5. Enmienda a la Convención sobre Inmunidades Soberanas

Siguiendo las notas del punto anterior la cuestión del régimen de insolvencia soberana queda formalmente delimitada dentro del tema general de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados. Entonces la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes es por su naturaleza el instrumento de derecho internacional público idóneo como cimiento para consagrar un ordenamiento jurídico de alcance mundial acerca de la materia.

En línea con el objetivo “de desarrollo progresivo y codificación” planteado en la primera resolución de las Naciones Unidas que impulsó el estudio para la redacción de la Convención (res. 32/151 del 19 de diciembre de 1977) y a la necesidad de “uniformidad y claridad” del estatuto sobre esta problemática¹⁹⁴, de lo que se trata es de adaptarla teniendo en cuenta la experiencia de las últimas décadas y los intereses o bienes jurídicos que ahora se revelan necesarios de protección. En ese sentido la cuestión crítica es definir el alcance de la inmunidad del Estado no sólo teniendo en cuenta la naturaleza del acto (*iure imperii* o *iure gestionis*) sino también la situación

¹⁹³ Pontificio Consejo “Justicia y Paz”, *Por una reforma del sistema monetario y financiero internacional*, disponible en www.juspax-es.org, p. 49: “es necesario recuperar la primacía de lo espiritual y de la ética y, con ello, la primacía de la política –responsable del bien común– sobre la economía y las finanzas. Es necesario volver a llevar estas últimas al interior de los confines de su real vocación y de su función, incluida aquella social, en vista de sus evidentes responsabilidades hacia la sociedad, para dar vida a mercados e instituciones financieras que estén efectivamente al servicio de la persona, es decir, que sean capaces de responder a las exigencias trascendiendo toda forma de simple economicismo y mercantilismo”.

¹⁹⁴ “Teniendo presente el ap. a del párr. 1 del art. 13 de la Carta de las Naciones Unidas, recordando su res. 32/151, de 19/12/77, en la que recomendó que la Comisión de Derecho Internacional emprendiera el estudio del derecho de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes con miras a su desarrollo progresivo y codificación y sus resoluciones ulteriores 46/55, de 9/12/91, 49/61, de 9/12/94, 52/151, de 15/12/97, 54/101, de 9/12/99, 55/150 de 12/12/00, 56/78, de 12/12/01, 57/16, de 19/11/02, y 58/74, de 9/12/03, recordando también que la Comisión de Derecho Internacional presentó en el capítulo II de su informe sobre la labor realizada en su 43º período de sesiones un proyecto definitivo de artículos, con comentarios, sobre el derecho de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, recordando además los informes del Grupo de Trabajo de composición abierta de la Sexta Comisión, así como el informe presentado por el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de conformidad con la res. 53/98, de 8/12/98, recordando que en su res. 55/150 decidió establecer un Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, abierto también a la participación de los Estados miembros de los organismos especializados, para que siguiera los trabajos, consolidara los ámbitos de acuerdo y resolviera cuestiones pendientes con miras a elaborar un instrumento generalmente aceptable, basado en los proyectos de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes aprobado por la Comisión de Derecho Internacional y también en las deliberaciones del Grupo de Trabajo de composición abierta de la Sexta Comisión. Destacando la importancia de la uniformidad y la claridad en el derecho de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes e insistiendo en la función que cabe a una convención en ese contexto”, del texto de la resolución de la Asamblea General que aprueba la Convención.

patrimonial del Estado con posterioridad al acto de endeudamiento. En otras palabras, la propuesta no es de derogar o anular la Convención sino completarla, incorporando el concepto de *estado de necesidad* y sus efectos sobre el pasivo estatal como causal específica de inmunidad jurisdiccional bajo el control de la Corte Internacional de Justicia.

Los antecedentes de la Convención se remontan a finales de la década del setenta y su redacción recién se aprueba por resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas en diciembre de 2004¹⁹⁵, contando a la fecha con la suscripción de 28 países de los cuales sólo la mitad la ratificó; su entrada en vigencia espera de la ratificación de por lo menos 30 países. Estos datos son relevantes en dos sentidos. De un lado muestran las dificultades para lograr coincidencias y adhesiones en temas que implican el sometimiento de los Estados a un régimen que limita el ejercicio de su soberanía condicionando la exclusividad que cada quien reconoce a sus propios tribunales. Y de otro lado alertan sobre el criterio que inspira la redacción del documento, toda vez que las casi tres décadas de su gestación y desarrollo coinciden con las del dominio global del imperio financiero, entonces no es extraño que la Convención sea una prueba documentada que refleje la relación de poder existente en tanto herramienta funcional a la ejecución de deudas de países en crisis mediante la fuerza institucional de las potencias del planeta.

Pero lo que apuntamos al comienzo respecto del nuevo escenario emergente de la crisis de 2008 y su impacto en economías desarrolladas, debiera imponer otra visión, a partir de la cual todas las naciones se sientan involucradas como potenciales deudores en crisis. Es por eso que parece oportuna la relectura y actualización de la Convención –más aún teniendo en cuenta que no se encuentra vigente– incorporando el eximente de responsabilidad dado por el *estado de necesidad* como detonante para la aplicación de la doctrina del Acto de Estado a la normativa de emergencia dictada por el país deudor y su consiguiente inmunidad en tribunales extranjeros.

La idea es fomentar un derecho forjado por la comunidad de naciones para operar en el ámbito transnacional, ocupando el poder político representado por el Estado como institución el lugar de legislador global cuya primera misión sea la de su supervivencia individual para la supervivencia a su vez de las comunidades que representa. De otro modo, como en el poema de Niemoeller¹⁹⁶, los Estados que ignoren la suerte de los demás tarde o temprano sucumbirán también frente al mismo poder financiero sin que ningún otro esté allí para auxiliarlo, con la consecuente destrucción del equilibrio social interno de sus propias comunidades.

¹⁹⁵ Gutiérrez Espada, Cesáreo, *La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (2005)*, “Cuadernos de Derecho Transnacional”, vol. 3, n° 2, oct. 2011, p. 145 a 169.

¹⁹⁶ “Primero vinieron a buscar a los comunistas, y yo no hablé porque no era comunista. Después vinieron por los socialistas y los sindicalistas, y yo no hablé porque no era lo uno ni lo otro. Después vinieron por los judíos, y yo no hablé porque no era judío. Después vinieron por mí, y para ese momento ya no quedaba nadie que pudiera hablar por mí”, Martín Niemoeller (pastor protestante, 1892-1984).

Capítulo VII

REFLEXIONES FINALES

Hace más de dos siglos que el debate sobre el ejercicio del poder daba a luz un ordenamiento jurídico que fijaba las bases para su legitimación mediante el voto popular y su distribución funcional o división en distintas áreas de gobierno. Culminaba un proceso mediante el cual el soberano dejaba de ser una persona o un linaje de sangre para transformarse en un ente que extendía su señorío dentro de fronteras territoriales. Tomando como hito fundacional los sucesos de la Revolución Francesa nacía el que conocemos como Estado moderno. Paralelamente los adelantos en materia tecnológica consolidaron una nueva forma de producción de bienes y de acumulación de riqueza. Pero este proceso, que se dio en llamar Revolución Industrial, no alcanzó para desplazar al Estado como organización depositaria del poder, toda vez que las relaciones económicas se desarrollaban principalmente dentro de las fronteras del Estado, de modo que era el mismo Estado quien en definitiva mantenía la capacidad de regular y supervisar el proceso de producción y actuar como árbitro en la escena social.

Teniendo como base un Estado, cuyo fundamento teórico es la división y legitimación del poder, y un proceso de acumulación de riqueza fruto de la concentración de la economía, nace y se desarrolla durante el siglo XX lo que conocemos como el derecho social en tanto rama jurídica cuya finalidad es morigerar la desigualdad y exclusión que se dan como resultado del sistema de relaciones de competencia en la economía capitalista. El Estado pasa a ser no sólo el garante del ejercicio de las libertades individuales y del respeto al derecho de propiedad privada sino que ahora asume un rol activo en busca de que todos los ciudadanos puedan acceder a los beneficios del desarrollo económico como condición para el ejercicio igualitario de los demás derechos, convirtiéndose así en Estado de bienestar.

Así con perspectiva evolutiva se advierte que primero fue el Estado, luego el Estado democrático y finalmente Estado de bienestar. Este enfoque muestra que el derecho social tiene como condición previa y necesaria que exista un Estado con capacidad para concretarlo y hacerlo cumplir y mecanismos de participación de la mayoría de la población en el gobierno del Estado para promoverlo, de otro modo, si el Estado no logra imponerse o no representa los intereses mayoritarios, sólo puede pensarse en actitudes filantrópicas voluntarias como mecanismo de cobertura comunitaria. En otras palabras, en el cimiento y estructura del Estado de bienestar se encuentra el poder político y la representatividad popular, sin tales condiciones se desmorona el edificio del derecho social.

Y este derecho social responde a la matriz axiológica de las más diversas corrientes de pensamiento. En primer lugar la visión Cristiana expresada desde el Evangelio hasta la actualización temática de las Cartas Papales, con el ejemplo de la "Rerum Novarum" de fines del siglo XIX en adelante. Pero también desde los postulados laicos de los revolucionarios franceses, quienes junto con la libertad como valor fundamental expresaron el de la igualdad y fraternidad. Y aún desde el enfoque utilitarista en tanto el Estado de bienestar se fundamenta precisamente en la búsqueda de bien para la mayoría. En suma, la evolución del Estado en Estado de

mocrático y finalmente Estado de bienestar, representa un curso ascendente en el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico tras la búsqueda de lo justo como finalidad última.

Siguiendo la misma senda evolutiva el derecho positivo con el Estado como gestor se ajusta a una nueva realidad partir de la década del sesenta. Con la aceleración del proceso de globalización de la economía el nuevo desafío para el establecimiento de las reglas con destino a las relaciones económicas en esta dimensión supranacional, para consolidar y sostener los valores de libertad e igualdad concebidos en el Estado democrático de bienestar. Como la Encíclica “Rerum Novarum” en 1891 advertía sobre la necesidad de un derecho social que equilibre las relaciones en la sociedad capitalista, la “Pacem in Terris” de 1962 alertaba acerca del nuevo desafío del lograr instituciones de gobierno político de la globalización. Ya más de tres décadas antes el mismo preámbulo de la Convención que dio nacimiento a la Organización Internacional del Trabajo, señalaba que el derecho social para desarrollarse debe ser comprometer a todos los Estados, es decir que para subsistir debía lograr trascender la dimensión territorial de los mismos Estados para operar en la misma dimensión global a la que tendía la producción de bienes y servicios. El establecimiento de instituciones internacionales en la segunda posguerra, tales la Organización de Naciones Unidas, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, parecían tender en ese sentido.

Sin indagar en las causas que motivaron el fracaso, lo cierto es que a partir de la década del setenta los Estados renuncian a toda búsqueda de consensos para desarrollar un derecho positivo que rijan en la esfera económica. Se impone el bloque occidental en la escena geopolítica mundial, liderada por Estados Unidos, lo cual consolida al dólar como moneda de intercambio internacional y el sistema financiero internacional como agente de distribución. Finalmente, la ley de inmunidad soberana norteamericana (*Foreign Sovereign Immunity Act*) dictada en 1976, cristaliza la nueva tendencia. Los Estados ya no gobernarán la escena global, antes bien serán sólo un actor o sujeto mercantil que como tal puede ser juzgado ante tribunales extranjeros bajo la única regla de la literalidad de los contratos. Las reglas globales las impone el mercado mientras que los Estados poderosos son la garantía para el cumplimiento y ejecutividad de sus leyes.

Si el mismo Estado se somete al mercado financiero internacional y los Estados más poderosos toman la función de garantes de este ordenamiento, forzoso es concluir que la escena económica global caerá bajo el gobierno del sector financiero, imponiendo sus valores a través de los Estados que tienda a someter. La verificación empírica de este razonamiento es pública y notoria. Las crisis de deuda pública durante las últimas dos décadas de las naciones que no pudieron recurrir a la emisión de su propia moneda como forma de cancelación, terminaron en crisis sociales producto de la socialización del pasivo financiero. Es así que en el proceso de globalización económica el Estado cedió el terreno de la regulación y terminó víctima de su propia desidia. En lugar de supervisar al mercado en sus distintas versiones, lo que hizo es ingresar al mercado pagando el incalculable precio de endeudarse sin un ordenamiento jurídico que defina y establezca sus derechos como deudor. El resultado es una relación asimétrica con el poder financiero, donde éste impone sus valores de competitividad, eficiencia y lucro.

El fracaso de las instituciones internacionales para gobernar las relaciones económicas globales, es a su vez el fracaso de la evolución del derecho positivo legitimado desde la discusión política y su propia lógica interna, bajo el predominio de una nueva legitimación de matriz económica. Para retomar la senda de evolución en pos del reconocimiento de la universalización de los derechos humanos, resulta necesario retroceder hasta donde se bifurcó el sendero y retomar el camino en busca del compromiso internacional en el sentido del desarrollo de un derecho positivo humanista en la dimensión global. En esa tarea el protagonismo le corresponde al Estado porque es la única institución que incorpora los intereses de todos los ciudadanos sobre la base de la legitimación electoral de su gobierno. Pese a que lo territorial se desvaloriza en forma creciente frente a la globalidad, la realidad es que la unidad territorial del poder político sigue siendo la única organización que puede garantizar el reconocimiento y goce de los derechos humanos, por lo tanto, en el camino hacia la construcción de un ordenamiento que tienda a universalizar los derechos y de una institucionalidad mundial que lo sostenga y haga cumplir, debe estar el Estado como cimiento. En otras palabras, no ha de ser mediante la destrucción o utilización de la estructura del Estado –pobres y ricos respectivamente– por el sector financiero global que se evolucionará hacia la realización universal de los derechos humanos, sino que, por el contrario, será condición elemental para alcanzar ese objetivo la reconstrucción del poder del Estado en la escena global bajo el cual se subordine el sector financiero, vale decir que el poder político reglamente y supervise al poder económico y no a la inversa.

Con esta meta el primer paso es la protección de los Estados en emergencia económica, porque si la dimensión global es primordialmente económica lo que de ello se sigue es que en esta esfera está el mayor flanco de vulnerabilidad. Y de esto se trata cuando pensamos en un derecho de insolvencia soberana como un régimen jurídico de facultades extraordinarias que la comunidad internacional reconoce al Estado en crisis y que los acreedores conocen desde el momento de contratar. Mientras que en la actualidad la definición jurídica del *estado de necesidad* aparece *ex post*, porque se deben sustanciar las causas que en las distintas jurisdicciones establezcan la validez de cualquier plan de emergencia económica dictado por el país deudor frente a los contratos de deuda, con un régimen de insolvencia que simplemente disponga la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia para sentenciar la existencia de la situación de emergencia pública y en caso afirmativo legitimar como fuente de derecho de alcance mundial la normativa de emergencia que dicte el país deudor, se logrará establecer *ex ante* de cualquier crisis y *ex ante* de todo otorgamiento de crédito soberano los parámetros jurídicos para la medición de riesgo que en definitiva redundará en pos del equilibrio del sistema por efecto de la limitación del negocio financiero abusivo e impune.

Este régimen se ensambla armónicamente en el vigente derecho internacional público ya que se integra como parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidades de los Estados y sus bienes (2004), sin derogar ninguno de sus artículos sino simplemente incorporando el capítulo del *estado de necesidad* como situación que, reconocida por sentencia de la Corte Internacional de Justicia, determina la operatividad del fuero de atracción de las causas contra el Estado deudor a favor de sus propias instituciones de su gobierno. De este modo se avanzará sobre la plataforma jurídica internacional existente tras dos objetivos, cuales son el de re-

valorizar las instituciones políticas internacionales en la gestión de gobierno de la dimensión global de la economía y el del fortalecimiento del principio de subsidiaridad en cuanto a la aplicación del derecho interno de los Estados, ambos requisitos esenciales para reestablecer la reglamentación y supervisión de la dimensión económica bajo el poder político, lo que a su vez es condición necesaria para desplazar al valor del lucro y los principios de eficiencia y competitividad como fin último y motor en la era global, para incorporar el del compromiso de la solidaridad entre los Estados tras la búsqueda de un derecho social que permita el acceso al goce creciente e igualitario de derechos por toda la humanidad.

El régimen de insolvencia soberana no es un reglamento para que los Estados quiebren sino un mecanismo jurídico para salir de la situación de emergencia económica, que busca evitar el traslado de los riesgos de las operaciones financieras a las sucesivas generaciones de ciudadanos de país deudor. De esta forma se pondrá un límite al proceso de mercantilización anómala del Estado que conduce a la subordinación del mismo Estado en un mercado global sin reglas institucionales. Así como las normas de inmunidad jurisdiccional soberana meramente relativa llevaron a la privatización de las relaciones financieras de los Estados, un derecho de insolvencia deberá funcionar como un antídoto que finalmente haga desaparecer los efectos nocivos de aquellas normas y cambie la tendencia hacia el compromiso de todas las naciones en el desarrollo de un derecho internacional que regule en forma creciente la economía global con perspectiva humanista.

En toda legislación local las normas de quiebras definen un modo de distribución de riesgos y de riqueza. Es por eso que esta rama del derecho positivo no puede sustraerse a los valores que la inspiran. En tal sentido los distintos ordenamientos locales muestran desde una visión protectoria de los derechos de los acreedores, donde se privilegia la liquidación de los bienes del deudor, u otra pro deudor, en la cual se tiene especialmente en cuenta la posibilidad de supervivencia de la empresa, hasta otra que tiene particularmente presente los derechos de los trabajadores, en la cual se considera la supervivencia del deudor a favor y bajo la administración de estos últimos. Y siempre una dimensión adicional enfocada en afectación de la economía general que provoca el quebranto. Con este prisma aplicado a la observación del problema de una norma de insolvencia para los Estados, se puede definir y fundamentar un orden o jerarquía de principios que inspiren el régimen. En primer lugar el de la supervivencia del deudor porque sencillamente el Estado es un sujeto necesario cuya existencia no puede condicionarse al éxito de sus negocios financieros. Luego estará la finalidad primaria de la existencia del Estado, es decir la de dar garantía en el ejercicio de los derechos de sus ciudadanos, que en un derecho de insolvencia se traduce en la prioridad en la atención del pasivo social. En tercer lugar habrá de considerarse el equilibrio de la economía global, retomando los objetivos que justificaron la creación de organizaciones internacionales como el Fondo Monetario Internacional. Y finalmente el derecho de los acreedores financieros, quienes desde el momento de otorgar los créditos tendrán la suficiente información sobre los riesgos de contratar con los Estados sobre la base de las prerrogativas que les corresponden en caso de emergencia económica.

Las normas jurídicas internacionales para la protección de los Estados en crisis financieras son el primer paso para la consolidación de los derechos sociales, con vistas a trascender el carácter programático para convertirse en derechos operativos

en la globalidad, porque con un régimen de insolvencia que detona sus efectos a partir de la noción de *estado de necesidad* se cambia radicalmente el orden de privilegios de los créditos, colocándose lo social por encima de lo financiero para remover las causas que durante las últimas décadas llevaron precarización del empleo, la erosión de la cobertura social y la descapitalización de los Estados deudores.

En la consolidación de los derechos humanos de primera generación la tensión se da entre el ciudadano y el Estado, de tal modo que la Constitución y las leyes son un límite al poder de los gobernantes como garantía del ejercicio de la libertad individual. En cambio para que los derechos humanos de segunda generación sean una realidad es el Estado quien debe intervenir para morigerar los desequilibrios sociales que genera la ilimitada acumulación de recursos económicos propio del sistema capitalista. Entonces el avance hacia un mundo donde impera un sistema capitalista de alcance supranacional exige el establecimiento de instituciones capaces de intervenir y gobernar en esta nueva dimensión global, de otro modo no podrá detenerse el proceso de involución que primero destruirá los derechos sociales para inmediatamente amenazar los derechos políticos y la libertad individual. Hasta que ello ocurra el último valuarte como organización inclusiva que legitima el ejercicio del poder es el Estado, sin cuya presencia el ciudadano deja de ser tal para volver a un *estado de naturaleza* donde se impone la fuerza como todo derecho. En consecuencia la protección del Estado en nuestro tiempo es un factor decisivo como puente para aspirar a la construcción de un derecho que en la dimensión global tenga en cuenta los intereses de toda la comunidad, con vocación de justicia distributiva.

El compromiso internacional en la solución de los problemas económicos de cada nación es la mejor garantía contra el peligro del nacionalismo bélico y totalitario como deformación del protagonismo del Estado. La idea es que la integración económica global no se detenga sino que se perfeccione mediante una estructura jurídica que, protegiendo al Estado como componente primario de la comunidad internacional, proteja al ciudadano y sus derechos. La realidad actual muestra que la carencia de una estructura jurídica que reconozca y contenga los intereses económicos de los Estados y finalmente del hombre en la escena global, consolida un nuevo orden feudal donde reina el poder financiero relegando al vasallaje a los Estados divididos y enfrentados, que se convierten así en organizaciones defensoras de los intereses del capital concentrado contra el resto de los ciudadanos.

En la época de la globalización económica se requieren de instituciones internacionales al frente de su gobierno para que el poder político orientado al bien común de la familia humana supervise al poder económico¹⁹⁷. Pero lo cierto es que en una fase histórica de transición donde se encuentra consolidado un poder económico-financiero global pero aún no se divisa ningún poder político con alcance equivalente, es decir en un tiempo de globalización económica sin globalización polí-

¹⁹⁷ “Cuanto mayores niveles de complejidad organizativa y funcional alcanza el sistema económico-financiero mundial, tanto más prioritaria se presenta la tarea de regular dichos procesos, orientándolos a la consecución del bien común de la familia humana. Surge concretamente la exigencia de que, más allá de los Estados nacionales, sea la misma comunidad internacional quien asuma esta delicada función, con instrumentos políticos y jurídicos adecuados y eficaces” (*Compendio de la doctrina social de la Iglesia*, www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html).

tica, el último refugio para la protección de la persona humana, en lo que hace a la realización del valor justicia en su especie social, es el viejo Estado. Es por eso que la primera misión de la comunidad internacional debe orientarse a la supervivencia de sus miembros para que sobre esa base se edifique una estructura sólida de organización institucional para el gobierno del espacio global que supere la etapa de la soberanía territorial westfaliana. De lo contrario fácil es predecir un destino de destrucción del Estado y su soberanía a favor de un ilegítimo poder global basado exclusivamente en el derecho de propiedad privada.

Se trata en definitiva de lograr un marco jurídico que ponga límites al proceso de financiarización de la economía global, inspirado en los principios establecidos en los preámbulos de las organizaciones internacionales de la primera y segunda posguerra, para revertir la tendencia de una dimensión global individualista que fomenta la desigualdad social. El desafío es el diseño de un ordenamiento de derecho internacional público que los contenga y ponga en práctica con un horizonte de mayor integración mundial con justicia social. Un régimen de insolvencia soberana que tenga como prioridad la sustentabilidad del país deudor es un primer e indispensable paso en esa dirección, al que deberán seguir otros en cuestiones monetarias y de supervisión financiera, en materia impositiva y especialmente con relación al reconocimiento y aplicación de los derechos sociales¹⁹⁸.

Seguramente los contemporáneos de los Tratados de Westfalia (15 de mayo y 24 de octubre de 1648) no eran conscientes de que además de la paz sellaban una forma de distribución del poder secular y de creación de derecho positivo que subsistiría hasta nuestros días. Quizás lo mismo pase ahora y no estamos atentos a que se está gestando un nuevo paradigma a causa de que la territorialidad del ejercicio del poder está quedando atrás y dando paso a una nueva dimensión que ahora es global. Si esto es así, la experiencia histórica y el análisis de los actuales sistemas normativos son relevantes, pero mucho más lo es la discusión acerca de la fisonomía y sustancia del nuevo derecho, partiendo de que se realice con legitimidad de origen y con vocación de integrar a toda la familia humana, para que sea –en definitiva– un método ordenado a lo justo.

© Editorial Astrea, 2015. Todos los derechos reservados.

¹⁹⁸ Piketti, Thomas, *El capital del siglo XXI*, p. 560: “El Estado-nación sigue siendo el nivel adecuado en el que la modernización de cualquier número de políticas sociales y fiscales y el desarrollo de nuevas formas de gobierno y propiedad compartida intermedia entre la propiedad pública y privada, que es uno de los principales retos para el próximo siglo. Pero sólo la integración política regional puede conducir a una regulación efectiva del capitalismo patrimonial globalizado del siglo XXI”.