

DEUDA PÚBLICA, LIBERALISMO Y DERECHOS HUMANOS: ¿ES POSIBLE SU ARMONIZACIÓN?

PUBLIC DEBT, LIBERALISM AND HUMAN RIGHTS: CAN THEY BE HARMONISED?

Manuel Gonzalo Casas*

Universidad San Pablo-Tucumán / Universidad Nacional de
Tucumán
CONICET

Recibido: 22/04/2024 - Aceptado: 24/06/2024

Resumen: En la actualidad, se prevé que muchos Estados no cumplan sus deudas soberanas. Esta problemática desafía al derecho íntegramente. Detrás de la crisis de deuda hay, ciertamente, colisiones de deberes público-privadas: Por un lado, el deber *iuspublicista* del *contrat social* del Estado frente a sus ciudadanos de brindar salud, seguridad y educación, es decir, asegurar los derechos humanos. Por otro lado, el deber *iusprivatista* del *contrat prive* del Estado frente a los acreedores de bonos de cumplir sus promesas. Este conflicto de deuda se resuelve, en general, por jurisdicciones ajenas a las del país emisor, quienes tienden a decidir en favor de los tenedores de bonos. Ellas no consideran adecuadamente las implicancias del cumplimiento de los empréstitos para los derechos humanos del Estado. Los tribunales sostienen, sin respetar su obligación de atender los efectos extraterritoriales de sus medidas en los derechos humanos, simplemente: “A contract is a contract”. La solución a esta colisión entre el *contrat social* y el *contrat prive* radicaría en el establecimiento de un sistema similar al concursal para saneamiento estatal. El concurso se encuentra en absoluta armonía con la teoría liberal del mercado. Esta doctrina sustenta, casualmente, el *contrat prive* y exige en los ordenamientos internos un mecanismo concursal. Este permite reestructurar el pasivo de los participantes del mercado cuando él es desproporcional frente sus ingresos. Por ello, aquí se defiende que un mercado de deuda soberana que respete cabalmente la teoría liberal del mercado exigiría un sistema tipo concursal para asegurar los derechos humanos.

* mcasas@uspt.edu.ar

Palabras Clave: Deuda pública, Liberalismo, Derechos humanos, Armonización, Concursal

Abstract: Today, many states are expected to default on their sovereign debts. This problem challenges the law as a whole. Behind the debt crisis there are certainly collisions of public-private duties: On the one hand, the iuspublicist duty of the state's contrat social vis-à-vis its citizens to provide health, security and education, i.e. to ensure human rights. On the other hand, the iusprivatist duty of the contrat prive of the state vis-à-vis bond creditors to fulfil its promises. This debt conflict is generally resolved by jurisdictions outside the issuing country, which tend to decide in favour of bondholders. They do not adequately consider the human rights implications of bond compliance for the state. Courts hold, without respecting their obligation to attend to the extraterritorial effects of their measures on human rights, simply: "A contract is a contract". The solution to this collision between the contrat social and the contrat prive would lie in the establishment of a bankruptcy-like system for state reorganisation. Bankruptcy is in absolute harmony with the liberal theory of the market. This doctrine supports, coincidentally, the contrat prive and demands an insolvency mechanism in the domestic legal systems. It allows for the restructuring of market participants' liabilities when they are disproportionate to their income. Therefore, it is argued here that a sovereign debt market that fully respects liberal market theory would require a bankruptcy-type system to ensure human rights.

Keywords: Public debt, Liberalism, Human rights, Harmonization, Bankruptcy

I. Introducción

Las crisis de deuda pública son una constante en Latinoamérica. En particular, Argentina se ha visto afectada durante todo este milenio por las deficiencias del mercado global de empréstitos. No obstante, como consecuencia de la pandemia de la COVID-19 y del conflicto bélico entre Rusia y Ucrania se prevé que muchos Estados tengan crisis de pago. Es que los países han recurrido masivamente al crédito internacional para mitigar los efectos de estos sucesos al tiempo que han visto afectada su capacidad de recaudación por la caída de la actividad comercial y por el estímulo fiscal. Estos elementos, en conjunto, pueden traducirse, en un tiempo, en la dificultad para los Estados de honrar sus deudas.

Esta problemática desafía al derecho íntegramente. Para analizar este fenómeno, esta disciplina echa mano a diversas especialidades, así, al derecho comercial, al derecho internacional privado, al derecho internacional público y al derecho constitucional. Sucede que detrás de la crisis de deuda estatal se encuentran, como afirma correctamente *Marc-Philippe Weller*, colisiones de deberes público-privadas: Por un lado, – usando la metáfora de los filósofos contractualistas – la obligación *iuspublicista* proveniente del “*contrat social*” del Estado frente a sus ciudadanos de brindar salud, seguridad y educación, es decir, asegurar los derechos humanos. Por otro lado, la obligación “*iusprivatista*” resultante del *contrat privé* del Estado frente a los acreedores tenedores de bonos de cumplir sus promesas. Esta colisión expresa, ni más ni menos, la tensión existente entre las dos culturas jurídicas globalizantes de la actualidad: Los derechos humanos y la *lex mercatoria*.

Esta problemática de la deuda pública es resuelta de manera descentralizada por los tribunales nacionales y, en general –en

*base a un supuesto argumento del liberalismo económico—, en contra de los derechos humanos. Por tal motivo, el presente escrito va a proponer una solución que armonice los derechos humanos con el liberalismo económico en el contexto de la deuda pública. Aquí se va a postular la necesidad de superar la mencionada dicotomía entre el *contrat social* y el *contrat privé* con el establecimiento de un sistema de saneamiento forzoso de deuda soberana a nivel internacional.*

Para fundamentar esta posición, a continuación, se desarrollará brevemente, en primer lugar, cómo son decididos los conflictos de deuda pública estatal. Se explicará el fenómeno de la deslocalización de los negocios que rige en la materia **(II.)**, la posición de las partes intervinientes ante las disputas judiciales **(III.)** como así también las consecuencias para los derechos humanos de la falta de un mecanismo concursal para Estados a nivel global **(IV.)**. Unido esto, se van a presentar las propuestas institucionales existentes de mayor relevancia para resolver esta problemática **(V.)**. Se explicará, allí, cómo ellas son rechazadas con un supuesto enfoque de mercado que entiende que la solución debería surgir de las modificaciones contractuales **(VI.)**. Finalmente, este texto defenderá, en contra de esta última posición, la creación de un mecanismo forzoso de saneamiento de deudas estatales a nivel global. Se mostrará que este mecanismo es concordante con el funcionamiento del mercado según la teoría liberal del mercado y con los derechos humanos. En concreto, se defenderá que no sólo es posible una alianza entre el liberalismo económico y los derechos humanos para gestionar la deuda pública, sino mandatorio desde la lógica de aquella corriente de pensamiento **(VII.)**.

II. Deslocalización de los negocios

Comencemos por exponer cómo son resueltos los conflictos de deuda soberana.

Este conflicto es decidido, en general, por jurisdicciones ajenas a las del país emisor del empréstito. Se utiliza la *deslocalización de los negocios*. Este fenómeno consiste en que los Estados deudores para hacer más atractivos sus bonos renuncian mediante acuerdo a su derecho y jurisdicción. Es que el empréstito estatal como negocio tiene características especiales. Una de sus partes, el Estado, cuenta, ciertamente, con un propio ordenamiento jurídico y sistema judicial. Esto puede funcionar como marco regulatorio del negocio entre el Estado y los acreedores. No obstante, por las desconfianzas sobre la parcialidad que puedan surgir, se elige, muchas veces, en las condiciones de emisión del empréstito, derecho y jurisdicción de otro Estado. Estas técnicas jurídicas son permitidas por el derecho internacional privado y no afectan, en principio, la inmunidad soberana. Se entiende que el Estado actúa aquí como un actor privado (*acta iure gestionis*), no como un soberano (*acta iure imperii*). Él se vale de una *relación contractual de derecho privado*. Por ejemplo, los 150 diferentes bonos que componían el default argentino del año 2001 estaban denominados – aparte de en jurisdicción argentina – bajo la *ley de siete jurisdicciones distintas* (la de Estados Unidos de Norteamérica, la de Inglaterra, la de Japón, la de Alemania, la de Italia, la de España y la de Suiza).

III. La posición de las partes intervinientes

En el marco de los juicios referentes a las crisis de pago estatales, los Estados alegan la preminencia de los deberes del *contrat social* y la “insostenibilidad de la deuda”. Este último concepto refiere, en términos simplificados, a que el cumplimiento de las obligaciones estatales implica una serie de préstamos indefinidos a tasa cada vez mayores y un ajuste regresivo en materia de derechos humanos. Es decir, para definir la sostenibilidad de una deuda, no se circunscribe a atender la capacidad recaudatoria del Estado deudor. Él siempre podría recaudar más que el monto de la deuda. Se toma en cuenta, también, la posibilidad de que esa recaudación no afecte el pago de los salarios o el acceso a servicios esenciales, que no afecte los derechos humanos.

En los conflictos judiciales sobre estos negocios, los tenedores de bonos, en cambio, exigen el respeto del *contrat prive*. Ellos buscan el fiel cumplimiento a la palabra dada por parte de los Estados deudores. Los acreedores expresarían, tal como el personaje *Shylock* de la obra *el Mercader de Venecia*: “I would have my bond!”.

IV. Consecuencias de la falta de un mecanismo concursal estatal

Esta relación de intercambio entre los Estados y los tenedores de bonos no está enmarcada por un eventual mecanismo concursal o de quiebras. Los derechos privados elegidos para ser aplicables a los contratos de empréstitos poseen, ciertamente, procesos de saneamiento de deuda para personas humanas y para empresas, pero no para los Estados extranjeros en estado de

emergencia de pagos frente a acreedores privados. Por eso, las jurisdicciones competentes tienden a decidir, en caso de que ciertos acreedores no estén dispuestos a aceptar una modificación de sus contratos, en favor de respetar los términos originales del negocio. Rige “a contract is a contract”.

Estas decisiones judiciales, sin embargo, no consideran adecuadamente las implicancias del cumplimiento estricto, en algunas circunstancias, de los empréstitos para los derechos humanos del Estado tomador de deuda. Este último deberá quitar probablemente recursos de su sistema de bienestar y de otros programas sociales para afrontar el pago de los títulos. Estas medidas de austeridad se concretizan, luego, en graves perjuicios para la población. Por ejemplo, los recortes presupuestarios que tuvo que llevar a cabo el gobierno de Madagascar en los 80' del siglo pasado para cumplir con los planes del Fondo Monetario Internacional y, así, con sus bonos, produjeron un resurgimiento de la malaria en aquel país. Para mantener erradicado el mosquito vector del virus se necesitaban programas de control de reproducción como así también fumigación y estos programas implicaban dinero. De manera similar, durante la reciente crisis de pagos griega, y a causa de los recortes en planes sociales, ciertos ciudadanos se infectaban voluntariamente de HIV para poder acceder a las pocas ayudas estatales que persistían. De generar estas consecuencias, los tribunales competentes violarían, por tanto, la obligación de atender los efectos extraterritoriales de sus medidas en los derechos humanos. En otras palabras, con esos efectos se violan los derechos humanos.

V. Propuestas institucionales para el problema de la deuda soberana

Desarrollado quién resuelve los conflictos judiciales de deuda soberana, la posición de las partes, como así también sus eventuales efectos en los derechos humanos, se atenderá ahora las dos soluciones regulatorias más relevantes que se han propuesto a nivel internacional para esta problemática:

1. Mecanismo de reestructuración de deuda soberana del FMI

En primer lugar, se debe mencionar el proyecto de establecimiento de un “Mecanismo de reestructuración de deuda soberana” presentado en el año 2001 por *Anne Krueger*, ex directora general adjunta del Fondo Monetario Internacional (FMI). El modelo de referencia para la creación de este mecanismo era el de una corte de quiebras. Sin embargo, por diferentes razones no podía operar como tal. Por ello, este mecanismo debía funcionar, más bien, como un proceso internacional de saneamiento de deuda estatal. Él debía tener fuerza de ley universal para evitar que los acreedores eligieran la jurisdicción que represente las mejores chances para cobrar sus créditos. Asimismo, este mecanismo debía ser ejecutado por el FMI. Este proyecto se presentaba interesante y con potencial de resolver parte de los conflictos de deuda. Sin embargo, no aseguraba la imparcialidad del sistema, ya que el FMI funciona como acreedor de última instancia de los Estados.

2. Principios básicos para la reestructuración de deudas soberanas de la ONU

En una dirección semejante, como otra propuesta regulatoria del conflicto de deuda estatal se encuentran los “Principios básicos para la reestructuración de deudas soberanas”. Estos

principios fueron aprobados en el 2015 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas y debían servir para la creación de un marco legal multilateral para reestructuración de deudas soberanas. Esta iniciativa fue impulsada por Bolivia como reacción al llamado juicio del siglo entre NML, Capital y la República Argentina. Estos principios se valen de la experiencia pasada en relación a los conflictos de deuda soberana, por lo que entienden bien algunos de los problemas que subyacen allí. Por ello, de seguirlos se protegerían, por ejemplo, los derechos humanos. Es que el noveno principio establece que la reestructuración debe buscar la sostenibilidad de la deuda, es decir, garantizar los derechos humanos del Estado deudor.

Esta propuesta regulatoria representó un gran avance para la discusión global de la problemática de la deuda pública. No obstante, estos principios han sido bastante olvidados y no poseen influencia en las jurisdicciones competentes, como lo muestra la reciente negativa expresa a su consideración por parte del Tribunal Constitucional Alemán en un conflicto del año 2019 referente a la deuda argentina. Además, algunos de estos postulados pueden leerse como contradictorios entre sí. Por ejemplo, ellos expresan, por un lado, la *facultad unilateral* del Estado como soberano de reestructurar sus deudas (Principio n° 1) y, por otro lado, la necesidad de un *acuerdo y de mayorías* para tal reestructuración (Principio n° 9).

VI. *El supuesto enfoque de mercado*

De cualquier manera, hasta este momento estas dos propuestas de institucionalización del funcionamiento del mercado de deuda pública han sido rechazadas por los Estados con plazas financieras más importantes y con gran ascendencia tanto en el FMI como en la ONU. Me refiero a Estados Unidos de Norteamérica, el Reino Unido, Japón, Canadá, Israel y Alemania. Esta postura se ha basado *en un supuesto enfoque de mercado*, según el cual la mejor solución a los conflictos en torno a los empréstitos debe venir del mismo contrato mediante el mejoramiento de sus cláusulas. Se entiende, ciertamente, que el mercado autorregulado debería resolver este problema, por ejemplo, con la introducción voluntaria de las Cláusulas de Acción Colectiva (CACs) en las condiciones de emisión de los empréstitos. Estas cláusulas establecen, en su versión más simple, que las reestructuraciones de deuda que obtengan el consentimiento de cierta cantidad de acreedores, por ejemplo, el 75 %, obligan a todos. Ellas representan, por tanto, una mejora para el sistema actual. Sin embargo, pasará mucho tiempo para que todos los bonos del mercado mundial contengan este tipo de cláusulas. Además, estas cláusulas, en su versión más simple, se introducen por cada serie de bono y son voluntarias, de modo que no hay garantía de que alguna vez todos los empréstitos las posean. Así, el 24 % de los empréstitos estatales emitidos mundialmente entre octubre del 2014 y octubre del 2016, es decir, en parte luego de los principios de la ONU, no las estipulaba.

VII. Una propuesta institucional desde la teoría liberal del mercado

Hasta aquí se ha considerado quién resuelve judicialmente los conflictos de deuda pública, cómo se resuelven, sus efectos en los derechos humanos, las propuestas más relevantes para superar este problema y la posición de las plazas financieras a estas propuestas. Para concluir este escrito se demostrará –en contra de la postura de las plazas financieras y en concordancia con los estudios de *Kunibert Raffer* sobre las leyes de las insolvencias de los municipios norteamericanos– que un mecanismo concursal forzoso para Estados *sería exigido por la teoría liberal del mercado* para el buen funcionamiento del mercado global de deuda pública. Es que el mercado no es una entidad autónoma que actúa en el vacío, como sugiere el postulado de la desregulación. El mecanismo concursal forzoso para Estados sería, ciertamente, la solución a la colisión entre las obligaciones provenientes del “*contrat social*” y del “*contrat privé*”.

1. Justificación del concurso de acreedores: sistema de premios y castigos

Veamos: El respeto al *contrat privé* – al contrato de empréstito en el caso de la deuda pública – se fundamenta en la teoría liberal del mercado. Esta doctrina entiende que se debe dar la mayor libertad posible a los agentes económicos. Es que ellos serían los mejores jueces de sus necesidades. Ellos serían racionales y sabrían cuáles son sus preferencias. Sin embargo, esta teoría sostiene, a su vez, que es necesario un sistema de premios y castigos para asegurar la autorregulación del mercado. La justificación de este requerimiento se encuentra en la misma libertad económica. Si esta es respetada, ciertamente, en razón

de la presunción de comportamiento racional de las personas, es necesario un mecanismo que convenza que tal tipo de actuación vale la pena. Este mecanismo se manifiesta en materia contractual, justamente, mediante la *obligatoriedad de los contratos*. El vínculo contractual se ocupa de que uno cumpla sus promesas y corra, en el futuro, con los beneficios y perjuicios que genere un acuerdo, de modo que cuando se deba contratar nuevamente se revise lo pasado y se intente acordar algo más beneficioso. De esta forma, la obligación de respetar los contratos acepta la autorregulación del mercado.

El mecanismo concursal es también una expresión del sistema de premios y castigos y, por tanto, concordante con la teoría liberal del mercado. Este mecanismo permite reestructurar el pasivo de los agentes económicos cuando el mismo es desproporcional frente a sus ingresos. Él habilita a suspender pagos, reorganizar los mismos y eventualmente recortar sus montos. Con esto, el instituto jurídico del concurso incentiva, por un lado, la actividad empresarial de aquellos que sienten aversión al riesgo. Los operadores económicos saben que eventualmente este mecanismo los liberará de parte de sus obligaciones. De lo contrario, en su ausencia, ellos tendrían que arriesgar toda su capacidad futura de generar riqueza en cada negocio particular. En tal situación se correría el riesgo de caer en un sistema de esclavitud y servidumbre de deuda – sistema que justamente el liberalismo económico del siglo XVIII vino, de alguna manera, a eliminar. Sucede que las deudas suelen tener mayor tasa de crecimiento que de repago, de manera que, a falta de concursos, los deudores terminarían por estar eternamente sometidos a trabajar para cancelar sus crecientes deudas. El mecanismo concursal tiene, por otro lado, un aspecto crediticio. Los acreedores son conscientes que de hacer negocios

con deudores sobreendeudados o de realizarle préstamos asumen que sus créditos se puedan licuar en virtud de un concurso. Un banco, por ejemplo, antes de dar un crédito, analiza las posibilidades reales de recupero del mismo. Él no estaría dispuesto a financiar la corazonada de un apostador de caballos. Por consiguiente, el mecanismo de concurso tiene también por objeto castigar los negocios irracionales por parte de los acreedores.

2. Necesidad de un sistema de castigos en el mercado de deuda

Ahora bien, como se adelantó, el mercado de deuda pública global no cuenta con un mecanismo concursal de este tipo. Los fondos de inversión están dispuestos, por eso, a financiar a Estados a tasas excesivas y sin consideración de las posibilidades reales de repago: se razona que muchas veces habrá jueces dispuestos, desde una *perspectiva estrictamente contractualista*, a condenar a pagar los empréstitos. En razón de esto, aquí se defiende que la teoría liberal de mercado requiere un mecanismo forzoso a nivel internacional de saneamiento de deuda para los Estados cuando actúan como sujetos de derecho privado en el mercado global.

El mecanismo institucional de saneamiento de deudas estatales que propongo debería desarrollarse a partir de la decodificación de los arriba mencionados “Principios básicos para la reestructuración de deudas soberanas” de la ONU. Con su decodificación, estos principios serían armonizados y convertidos en reglas. Los principios pueden presentar, conforme la Teoría General del Derecho, cierto grado de contradicción entre sí. Ellos son mandatos de optimización que permiten un *más/menos* en su cumplimiento, así el postulado de la igualdad ante la ley. Las reglas, en cambio, son expresión de

la concretización de los principios y se aplican o no. No son objeto de ponderación, como, por ejemplo, la prescripción de 2 años de las acciones de deuda periódicas del derecho argentino. En vista a esto, la concretización de los principios de la ONU a través del desarrollo de un procedimiento acabado para la reestructuración de deudas estatales podría salvar sus contradicciones.

3. Lineamientos para un sistema global de saneamiento de deuda soberana

Este sistema propuesto debería ser administrado por una autoridad supranacional independiente y se debería activar cuando la deuda soberana adquiriera niveles de insostenibilidad. Su objeto será, ciertamente, en concordancia con el principio octavo de los principios de la ONU, la protección de la sostenibilidad de la deuda soberana. Así, se deberá estudiar pormenorizadamente el impacto que vaya a tener la reestructuración de deuda en los derechos humanos antes de su aprobación y homologación por parte de la autoridad de aplicación. Por este motivo, este mecanismo de saneamiento de deuda impediría, entonces, que se afecten los *derechos a la salud, la educación y la seguridad* de la población de los Estados en pos de pagar los contratos de empréstitos. El mecanismo propuesto protegería los derechos humanos de la población de los Estados prestatarios. Él lograría, finalmente, *el respeto por parte del Estado del “contrat social” y del “contrat prive” racional*.