
Para un dictamen consultivo de la CIJ sobre el marco ético y jurídico conforme al cual debe ser regulada la deuda externa

Sandro SCHIPANI

1

El acta conclusiva de la reciente XI Conferencia Interparlamentaria Comunidad Europea-América Latina, celebrada en San Paulo del 3 al 7 de mayo de 1993, retoma dos veces el tema de la deuda externa de América latina.

La primera ocasión (punto 26), para recalcar la permanente gravedad de tal deuda; las consecuencias humanas directas e indirectas, por «la agudización de la pobreza» y la dificultad funcional de las infraestructuras sociales y productivas; la imposibilidad de cumplimiento. Y para «pedir a los Estados miembros que estudien la propuesta de que la Asamblea de las Naciones Unidas solicite a la Corte Internacional de La Haya un dictamen que clarifique y estudie el marco ético y jurídico que debe regular los términos de los préstamos internacionales».

La segunda ocasión (punto 33. g) en el ámbito de la previsión de mecanismos de coordinación entre los dos parlamentos, para dar continuidad y operatividad al diálogo en cuestión, para auspiciar un estudio conjunto, de ambos parlamentos, sobre el tema¹.

El tema de la deuda externa de América latina y del recurso consultivo ante la Corte Internacional de Justicia fue presentado en tal conferencia por el presidente del Consejo Consultivo del Parlamento Latinoamericano, A. F. Montoro², y hecho propio por la europarlamentaria G. Ruiz Giménez, vicepresidente de la Comisión América del Sur del Par-

¹ Cfr. el texto de estos puntos en el Apéndice, I. Cfr. comentario en *Foba de Sao Paulo*, del 6.5.1993, pp. 1-12, y en *L'Observatore Romano*, 19.6.1992, p. 2.

² Cfr. el texto en el Apéndice, II.

lamento Europeo. Discutido vivamente³, ha sido aprobado por unanimidad con una enmienda propuesta por los parlamentarios del Uruguay⁴.

En estos últimos pocos años, una parte de los gobiernos de los países acreedores y de la opinión pública internacional ha pretendido que el problema de la deuda externa ya está superado. Contra tal postura, resulta muy significativa esta unánime preocupación manifestada por los parlamentarios de los dos continentes, que denuncian «el esfuerzo que están realizando los países latinoamericanos para hacer frente al servicio de la deuda externa», e indican sus graves consecuencias. Aún más revelador es que ellos hayan considerado necesario auspiciar que una entidad como la Corte Internacional de Justicia deba ser implicada para puntualizar cuáles son los principios jurídicos, preexistentes a los contratos de donde emana la deuda, que deberían regularla en modo tal que dicha deuda no produzca consecuencias de grave violación a los derechos humanos en la mayoría de los países implicados.

2

La postura de la Conferencia Interparlamentaria CE-AL se vincula al debate desarrollado en ambientes académicos y políticos, tanto latinoamericanos como europeos, del cual deseo recordar, por una parte, el Congreso del IHLADI, en Santo Domingo en 1989; el VII Seminario Roma-Brasilia, celebrado en Brasilia en 1990 bajo el auspicio de las dos ciudades; el Foro científico de la XV Asamblea del Consejo Europeo de Investigaciones Sociales sobre América Latina (CEISAL), en Viena en 1991, inaugurado con un discurso del expresidente de Venezuela, el Dr. R. Caldera; el Seminario jurídico internacional organizado en Roma en 1992, el mismo que retomaré más adelante, y la reunión, siempre en 1992, en la Pontificia Universidad Lateranense, de la Comisión de estudio sobre la deuda externa, constituida por el Grupo de Trabajo de Jurisprudencia del CEISAL (cfr. el documento conclusivo en el Apéndice,

³ Entre las intervenciones públicas a favor, es de señalar la del diputado venezolano Luis Corona, secretario general del Parlamento Latinoamericano, y la de los europarlamentarios L. Castellina y R. Linkohr, respectivamente primero y segundo vicepresidentes de la Comisión Centro América y México del Parlamento Europeo, el último, en particular, atento a subrayar la utilidad de profundizar en el estudio del tema.

⁴ El texto propuesto no hacía una referencia a la agudizada «pobreza» y terminaba con las palabras «[...] un dictamen sobre el problema de la deuda en el marco del Derecho internacional».

III)⁵; por otra parte, el voto del Parlamento Latinoamericano del 25.1.1992⁶.

Es verdad que la tendencia prevaleciente es la de examinar el problema de la deuda externa sobre la única base de «las leyes de la economía», y, en particular, de la exigencia de utilidad, que no pueden dejar de ser aceptadas en la difundida y afanosa búsqueda de grandes capitales en este decenio.

Pero también es cierto que estas «leyes» —que tampoco son un cuerpo unitario, y que varían según la perspectiva que adopten: de las finanzas, del comercio, de la industria, etc.— operan en una interacción dinámica dentro de un marco institucional y jurídico, y esto incide sobre las mismas; así como que no se pueden menospreciar las exigencias que ellas representan.

No es contrario a las «leyes económicas» buscar, como ha indicado la conferencia interparlamentaria citada, encuadrar en términos éticos y jurídicos integrales la deuda externa. Volver, por tanto, a los principios

⁵ En cuanto al perfil jurídico de la deuda externa de América latina, en particular, se ha dedicado un programa de investigación del ASSLA, coordinado por mí, sostenido gracias al Ministerio Italiano de la Universidad y la Investigación Científica, para la realización del cual se han promovido diversas iniciativas y para cuya realización ha participado también el C. N. R. y otras entidades: cfr. la conferencia pronunciada en Roma por A. F. Montoro, 1987; las sesiones dedicadas al tema en congresos, de Derecho romano (Mérida, 1987, y Río de Janeiro, 1990), de Derecho civil (Lima, 1988, y Burgos, 1989), de Derecho internacional (Milán, 1988), y sobre todo los congresos antes citados. Una parte de estas aportaciones se han reunido en *Ricerche Giuridiche e Politiche, Materiali*, VII/ 1 y 2 ASSLA, Sassari, 1991, 1992; CEISAL-Grupo de Trabajo de Jurisprudencia, *La deuda externa de los países latinoamericanos. Perfiles jurídicos, económicos y sociales*, 1992; cfr. en Apéndice, IV, el elenco.

En cuanto al perfil jurídico, independientemente de las iniciativas vinculadas a la investigación citada, han contribuido otras, y no pocas, entidades y estudiosos: baste recordar en América latina el coloquio internacional celebrado en México en 1990, por iniciativa de la UAM y del Goethe-Institut, los estudios monográficos de J. Rojas Díaz, R. G. Mac Lean, J. C. Magalhães, J. E. Romero, F. A. Vásquez Pando, etc; y en Europa los cursos realizados en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1989 y 1992; y sobre todo el citado congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano, del cual emanó también una iniciativa de carácter diplomático que, en 1989, ha elevado una primera propuesta de solicitud de un dictamen consultivo a la Corte Internacional de Justicia, presentada por la República Dominicana, turnada para la orden del día de la Comisión para las Cuestiones Económicas de la Organización de las Naciones Unidas, pero nunca discutida (las decisiones de la IHLADI se han publicado en el Apéndice del citado ejemplar de *Materiali*, VII/1).

⁶ Cfr. también J. R. VANOSI, «Proyecto de declaración. Fundamentos», Cámara de Diputados de la Nación [Argentina], 10.3.1989, en *Trámite Parlamentario*, 210, 4599 ss.; F. de la RUA, «Proyecto de declaración. Fundamentos», Senado de la Nación [Argentina], 7.11.1989; M. A. LOSADA, «Proyecto de comunicación», en Senado de la Nación [Argentina], *Diario de asuntos entrados*, VI, 162, 19.3.1991, p. 1855; F. H. CARDOSO, Senado Federal-República Federativa del Brasil, 16.8.1991; y los votos de numerosas municipalidades, partidos y de centrales sindicales, etc.

de justicia por los cuales debemos ser gobernados, para buscar aquellos que eviten consecuencias que constituyan violaciones a los derechos humanos y de los pueblos, y afirmar, nuevamente, con mayor certeza y estabilidad, tales reglas para la vida económica, no es contrario, lo repito, a las «leyes de la economía». Creo, al contrario, que tal actitud se encuentra con las más validas de éstas, y con los intereses económicos orientados a conseguir su utilidad, en el marco de los objetivos globales y sustentables de la sociedad.

Ha sido sobre todo la iniquidad en las relaciones acreedor-deudor la que, en las situaciones que estamos examinando, ha generado desastres económicos, con la consecuente incerteza; la que ha producido también, desde un punto de vista global, una enorme frustración de energías humanas. La misma variedad de opiniones sobre las posibles vías de solución del problema parece en parte depender, o por lo menos estar condicionada, por la en parte real y en parte pretendida falta (o rechazo de aceptar la existencia) de coordenadas jurídico-institucionales adecuadas y claras, con la misma validez para todos por igual, que brinden una mayor garantía a los derechos de los más débiles.

Un atento encuadramiento del problema de la deuda externa de América latina no puede, por tanto, mantener aislado ni eludir el examen de los pertinentes perfiles jurídicos.

3

Una primera oportunidad para continuar profundizando en el estudio de este tema, puede ser la reciente publicación del volumen *Debito internazionale. Principi generali del diritto. Corte Internazionale di Giustizia* (bajo la dirección de D. J. Andrés y S. Schipani, Roma, Librería Editorial Vaticana-Librería Editrice Lateranense, julio de 1993), y esta reunión.

El volumen contiene la mayor parte de las ponencias presentadas en el mencionado Seminario jurídico internacional organizado por la Universidad de Roma Tor Vergata, por la Pontificia Universidad Lateranense y por la ASSLA, en 1992, bajo la línea de investigación del programa antes mencionado⁷. El volumen ha sido elaborado según una perspectiva que vincula la reconstrucción del hecho y de las reglas económicas que lo han guiado, con su examen desde el punto de vista ético y jurídico. Se concluye con la discusión de la hipótesis de que se presente la

⁷ Me refiero al programa de investigación ASSLA citado en *supra* n.º 5.

solicitud de un dictamen consultivo a la Corte Internacional de Justicia, examinado bajo el perfil del procedimiento, de las cuestiones por presentar y de sus ventajas.

Ello es expresión de un «discurso necesaria y voluntariamente científico», así como también de una atención particular al tema de parte de las entidades organizadoras —el que ha sido subrayado por los respectivos representantes de las mismas, en sus diferentes roles e investiduras: el cardenal C. Ruini y el padre U. Betti, por la Pontificia Universidad Lateranense («La Universidad del Papa»); el profesor E. Garaci, por la Universidad de Roma Tor Vergata, y el profesor P. Catalano, por la ASSLA.

No se puede dejar de subrayar la coincidencia de la finalidad de esta obra colectiva con la de la citada conferencia; es decir, el acercamiento, a través de una colaboración interdisciplinaria, a una mayor definición del marco ético y jurídico según el cual se pueda regular el hecho puesto en consideración: la solicitud de un dictamen consultivo de la Corte Internacional de Justicia.

No se puede dejar de mencionar tampoco que la autoridad de las instituciones científicas y de los estudiosos que con ese fin se han reunido (en cuanto a los segundos me es grato mencionar en concreto a los profesores internacionalistas F. Pocar, presidente del Comité de la ONU para los Derechos Humanos; H. Gros Espiell, entonces ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay; E. Jiménez de Arechaga, expresidente de la Corte Internacional de Justicia de La Haya; su excelencia Ferrari Toniolo, delegado pontificio ante la FAO; M. A. Espeche Gil, embajador de la Argentina, y M. Panebianco; el civilista J. L. de los Mozos, juez del Tribunal Constitucional (Madrid); los economistas F. Forte, presidente de la Comisión de Balance del Senado italiano, y R. Panizza; su excelencia J. Mejía, vicepresidente del Consejo Pontificio *Iustitia et Pax*; Ernesto Gallina, delegado de la Secretaría de Estado para la ONG; el senador A. C. Montoro, exgobernador del estado de San Paulo en Brasil), constituye también, en la dialéctica de los diversos roles, motivo de ulterior reflexión, para quien goce de la específica competencia y responsabilidad política e institucional, sobre la oportunidad de turnar concretamente la solicitud de tal dictamen.

En esta breve exposición utilizo parcialmente las aportaciones de este volumen, sin pretender hacer una recensión exhaustiva, y considerando mi limitadísima competencia.

Una afirmación, que encontramos en este volumen, llama la atención por su claridad. Se trata de la ponencia de un miembro de la Secretaría de Estado, que participó en los trabajos de la mencionada discusión conclusiva sobre el recurso a la Corte Internacional de Justicia: «La

cuestión de la deuda externa es una cuestión de anti-desarrollo, y para nosotros el anti-desarrollo es el nuevo nombre de la guerra. Nosotros no la queremos. En cuanto a la solicitud de un dictamen consultivo a la Corte Internacional de Justicia [...] la Santa Sede subraya la obligación ética, el deber de resolver con justicia y humanidad el problema de la deuda. Una obligación que vincula también a quien formula el dictamen. La doctrina del papa sobre la deuda es constante. Él no se ha limitado a dar un simple dictamen consultivo, sino que ha manifestado un fuerte juicio y una amonestación precisa. A los competentes, la tarea de encontrar la modalidad; pero es necesario encontrarla [...] un dictamen favorable de esta Corte sería un auspicio: el Derecho reforzaría la moral.»⁸.

4

Es cierto que, bajo el perfil jurídico, la «deuda externa de América latina está caracterizada por encontrarse en su seno numerosas e importantes diferencias. Así, no se puede ignorar que es posible distinguir con relación a:

- los sujetos implicados (para los deudores: el Estado, las entidades paraestatales, sociedades mercantiles privadas, personas físicas; para los acreedores: organismos internacionales como el Banco Mundial, organismos públicos, bancos comerciales, y también otras entidades cuya actividad principal no es el crédito, etc.);

- el tipo de operación realizada (acuerdos internacionales, contratos con y entre privados, de préstamo, de suscripción de acciones o cuotas sociales, de financiamiento, etc.);

- la variedad de ramas del Derecho implicadas (Derecho internacional, internacional privado, constitucional, fiscal, financiero, monetario, administrativo, bancario, mercantil, civil, procesal, etc.);

- la interconexión entre las operaciones (v. g., la inserción, en los contratos, de cláusulas como las de «incumplimiento cruzado», que subordinan efectos tan relevantes, como la suspensión del crédito o la restitución anticipada, al caso de incumplimiento frente a otros acreedores; o aquellas que hacen depender los efectos, como los mencionados «buenos términos» en los que se debe mantener el deudor con el F. M. I., transformando así las indicaciones «políticas» de este último en verdaderos y auténticos gravámenes en su sentido técnico privatístico, etc.).

⁸ E. GALLINA, *Considerazioni generali sul tema centrale del convegno* (síntesis), 356 ss.

Se podrían introducir otras distinciones.

Además, la compleja serie de casos de la deuda externa de América latina hace surgir una serie de problemas de gran variedad, relativa a los diversos momentos y aspectos en que ésta se presenta.

Existen problemas de responsabilidad por la conducta precontractual de las partes; por las modalidades y legitimación en la asunción de la deuda; sobre los criterios de uso de los fondos, por evaluar, sea en relación a las modalidades utilizadas, sea en relación a las modalidades sobre las cuales la concesión se concluyó o condicionó; existen problemas de la responsabilidad por la suspensión de pagos y también por la reacción frente a ésta, con los efectos devastadores, etc. Pero también otros aspectos ameritan ser considerados: piénsese en la pretensión de considerar al Estado deudor prescindiendo de sus prerrogativas de ente político soberano, como mero operador económico, con el fin de someterlo a una jurisdicción extranjera, con la violación de principios de Derecho que esto implica; piénsese en la necesidad de evaluar también las «prestaciones» de otra índole (tanto mercantil, como, en sentido amplio, «política»), efectuadas por Estados «deudores débiles» y obtenidas por Estados acreedores en el «articulado intercambio» de los comportamientos presentes en las diversas situaciones de las relaciones internacionales, etc.

Sin olvidar tales aspectos y problemas, también es necesario un examen que tenga presente, sobre todo, algunos rasgos comunes que permitan una visión unitaria del fenómeno en su entorno macroscópico y dominante, que en su relevancia objetiva no implica necesariamente a personas concretas o grupos específicos en sus intenciones particulares y respectiva responsabilidad.

5

La deuda de América latina ha puesto de frente al jurista, sobre todo, ante una característica esencial: la inadecuación de los contratos utilizados (con referencia a la variedad antes mencionada, preciso que acudo a la noción de «contrato» en su sentido amplio, incluyendo también los «acuerdos» entre Estados, o entre éstos y entidades internacionales, para subrayar con tal expresión la «bilateralidad funcional» que los caracteriza⁹), y de la interpretación misma de los contratos, para la gestión de la

⁹ Como se sabe, es ésta la perspectiva propuesta por Labeón (D. 50,16,19), a la que se ha sobrepuesto la fundada sobre la estructura del acto («bilateralidad estructural») que encabeza el perfil del acuerdo o convenio. Esta afirmación no ha venido a menos y es importante en el

llamada «onerosidad sobrevenida» o «imprevisión» en este tipo de relaciones, interpretación aceptada sin someterla a crítica alguna.

Como se ha puesto de relieve (me refiero a las aportaciones de F. Forte y R. Panizza, con que inicia el citado volumen)¹⁰, en los años setenta, de un modo cuantitativamente nuevo, bancos y consorcios de instituciones financieras privadas, que disponían de una enorme cantidad de los llamados «petrodólares», intervenían en el financiamiento de obras en países en vías de industrialización, especialmente en América latina. En ese momento no se sometió a examen la necesidad de una constitución económica y fiscal paralela a tales operaciones financieras, que abordara el problema de una forma «global», ni tampoco existió una análoga regulación monetaria, medida efectivamente difícil. Para la moneda, por el contrario, al inicio de los años setenta habían madurado nuevos presupuestos que incrementaron la autonomía del gobierno en materia monetaria en cada uno de los países, fenómeno que inevitablemente puede producir consecuencias en los contratos internacionales. Y tampoco sobre este cambio se tuvo en cuenta la consideración jurídica sobre la prestación pecuniaria, que ningún hecho urgente concreto apresuraba a revisar y que permanecía entonces prevalecientemente anclada a una perspectiva fraccionada, que se movía dentro de los problemas de cada uno de los «ordenamientos monetarios», expresiones de «soberanía» del Estado, sin conducirla a un punto de vista «global» (por ejemplo, dentro de tal cuadro fraccionado se persistía en afrontar el problema del principio nominalístico en relación a la fluctuación del valor de la moneda y prevalecientemente a las devaluaciones).

La política monetaria y económica de los Estados Unidos, de los inicios de los años ochenta, combinó un excepcional aumento de los intereses reales con una excepcional cotización del dólar frente, incluso, a la mayoría de las monedas de los países industrializados. Esto, en las relaciones económicas internacionales, ha producido efectos diferenciados. Entre los países industrializados, no obstante la notable ausencia de una adecuada consideración jurídica de las novedades, los efectos pudieron ser sostenidos, también gracias a la cierta armonización que tales países realizan en sus respectivas políticas económicas y financieras. Situación

ámbito del problema en examen, porque bajo tal perspectiva se encuentra el equilibrio de intereses de las partes.

¹⁰ Cfr. F. FORTE, «Debito internazionale dell'America Latina: origini e sviluppi», 17 ss.; R. PANIZZA, «Politiche neolibériste, finanziarizzazione dell'economia mondiale e problema del debito estero del Terzo Mondo», 33 ss. (del mismo v. también, «All'origine del debito estero dei Paesi del Terzo Mondo», en *Materiali*, VII/1, cit., 323 ss.; «En el origen de la deuda externa de los países del tercer mundo», en *La deuda externa*, cit., 19 ss.).

distinta, en cambio, a la de los países de América latina, en razón de que gran cantidad de su deuda fue contraída en dólares USA, en proporción a su PBI y al nivel de sus exportaciones –cuyo valor, en aquel tiempo, también sufría, por diversos motivos concurrentes, una fuerte pérdida–. Esto manifestó un efecto devastador, y se señala el año 1982 como la fecha que marca el momento en que, por las prestaciones conexas a la deuda, ésta se convirtió en excesivamente onerosa y explotó un proceso incontrolado de crisis económicas en los países deudores y de renegociaciones en condiciones de necesidad.

Después de más de diez años en que la deuda se estuvo renegociando y donde, como se sabe, tal renegociación fracasó en sus intentos, como revelan los motivos indicados también por la conferencia interparlamentaria citada, no es posible dejar de preguntarse con insistencia cómo puede y debe –y cómo se hubiese podido o debido– gestionarse el mismo contrato, en diferente forma en relación a tales hechos; cuáles deben –y debieron– ser los criterios para colocar el riesgo; cuál puede ser la concreta operatividad de los derechos del hombre en tal ámbito, etc.

6

Efectivamente, los contratos en cuestión, de financiamiento internacional de programas y proyectos para países económicamente débiles y en vías de industrialización, habían previsto instrumentos para evitar las consecuencias de eventos sobrevinientes, por medio de la inclusión de cláusulas, usuales también en el tráfico mercantil interno de varios países, como la cláusula de intereses a una tasa fluctuante referida a los índices acostumbrados para cierto sector¹¹, y la cláusula de referencia a una moneda extranjera; la primera, para favorecer la adecuación de los intereses a ciertas variaciones que podrían ser consideradas desventajosas para el acreedor o para el deudor¹²; la segunda, para asegurar la máxima posible estabilidad, a nivel internacional, del valor de la prestación del deudor con respecto a una inflación que podría alterar notablemente el valor de su moneda en el curso del previsto proceso de desarrollo.

¹¹ No pretendo examinar el problema de anomalías en la elección de los índices de referencia, problema de evidente y enorme relevancia: cfr. F. FORTE, «Debito internazionale», cit., 23.

¹² No pretendo examinar el problema del fundamento de justicia de la fluctuación de la tasa de intereses reales en préstamos con fines ya citados y a largo plazo, relativos a períodos en el marco de los cuales las variaciones normalmente se neutralizan; pero creo que también este problema debería ser profundizado. (V. acotación *infra* en nota.)

6.1

Preliminarmente, me parece que en la valoración jurídica de las cláusulas relativas a intereses no se puede omitir la consideración de la existencia de una prohibición de los intereses usurarios, que constituye un principio general ampliamente conocido (me refiero sobre todo a la aportación de M. A. Espeche Gil¹³), ya que las aplicaciones de tal principio constituyen uno de los problemas centrales y cuya adecuada solución no puede quedar sin efecto, por lo menos con relación a los límites de licitud de la operatividad de la cláusula relativa. Las consideraciones contenidas en el volumen (E. Jiménez de Arechaga, E. Quadri, U. Santarelli, H. Gros Espiell¹⁴) ponen de manifiesto la necesidad de una posterior profundización mayor sobre el tema, también en lo que atañe al problema del valor «real» de los intereses y, de otra parte, a los índices de referencia y en la medida en que puedan ser considerados objetivos y neutrales para las partes. En fin, en la medida en que la referencia a tales índices pueda hacer lícita la ausencia de todo límite, directamente fijado, a la posibilidad de elevar los intereses. Yo considero que la ausencia de tope máximo no es lícita¹⁵.

¹³ M. A. ESPECHE GIL, *Pedido de una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia de La Haya*, 339; del mismo cfr. también *Ilicitud del alza unilateral de los intereses de la deuda externa*, Madrid, 1989, y las «cuestiones» sobre tales bases aprobadas en el citado congreso de la IHLADI. V. también C. SEMERARO, *La Chiesa e il debito internazionale. Appunti di storia della cultura e del pensiero cristiano di fronte al denaro e all'usura*, y T. BERTONE, «Uso del denaro e dei beni terreni. Giustizia sociale-indebitamento internazionale: aspetti canonistici e magisterali piú recenti», en *Materiali*, VII/1, cit., 261 ss.; 273 ss.

El problema sobre cuál sea el límite para que los intereses sean usurarios, debe resolverse atendiendo a una pluralidad de criterios que pueden hacer difícil, mas no imposible, su determinación. Muy sugerente se presenta la vigente Constitución de Brasil, en su art. 192 / 3, al establecer el límite de los intereses anuales en un 12%; sobre el tema cfr. F. GASPARIAN, *A luta contra a usura, O limite constitucional dos juros anuais de 12% está em vigor*, s.d

¹⁴ Cfr. respectivamente pp. 164; 200 ss.; 209 ss.; 246.

¹⁵ Pienso, además, que en los futuros estudios sobre el tema, en relación a la elaboración de los tipos de contratos más idóneos, en cuanto se refiere a los intereses, no se podrá pasar por alto la contribución que puede derivarse del sistema jurídico islámico de prohibición de intereses, que los sustituye por la participación de utilidades; esto es sobre todo para ser considerado por cierto tipo de financiamiento a países en vías de desarrollo, para los cuales este punto de referencia podría servir de pauta. Cfr. G. M. PICCINELLI, «Rapporti creditor e debitori senza interessi: gli strumenti operativi del sistema islamico», en el volumen en consideración, 215 ss.; F. CASTRO, «Un 'ipotesi de lavoro: gli istituti finanziari islamici come possibile modello per una cooperazione economica nord-sud», en *Materiali*, VII/2, cit., 291 ss.

Así, además podrá ser profundizada la convergente reflexión de F. FORTE, de ligar la tasa de interés al valor de las mercancías exportadas, con las que el deudor consigue la divisa para pagar; es decir, de ligarla a su capacidad de pago.

6.2

Pero, sobre todo, como ya se ha indicado, la presencia de estas cláusulas demuestra la atención al problema de la onerosidad sobrevenida, a la apertura de la problemática del principio *rebus sic stantibus*, que obviamente ha sido traducida a cláusulas típicas que se han incluido en los contratos sólo cuando se han tenido presentes los problemas, entonces previstos y predecibles, en su dimensión cualitativa y cuantitativa. La inadecuación de estas cláusulas, respecto a los acontecimientos efectivamente sucedidos, ha convertido la regulación contractual en un inadecuado instrumento para regir las nuevas circunstancias. Hubiera sido necesaria una adecuada interpretación, para que el deudor no pudiera afirmar *non in haec foedera veni*, y solicitar una *reductio ad aequitatem*.

6.2.1

Por un lado, «es un error —como observa H. Gros Espiell en el volumen citado— situar la cuestión de la deuda externa en el Derecho internacional únicamente como un caso de aplicación del principio *pacta sunt servanda*»¹⁶; una interpretación del contrato, que aísla el conjunto de las cláusulas concordadas, de los presupuestos normativos y de hecho, que son la base de su valor vinculatorio para las partes; esto es, pretender que el principio del «*pacta sunt servanda*» es absoluto. Esto no resulta correcto en líneas generales. El principio del valor vinculatorio del acuerdo entre las partes de un contrato no es un principio aislado, ni aislable; es un segmento de un articulado sistema de principios, instituciones y normas, que forman parte del contrato en cuanto constituyen el contexto del válido ejercicio de la autonomía contractual en todas las fases de su explicación. La posibilidad y necesidad de heterointegración de la regulación contractual es un criterio hermenéutico esencial del contrato mismo, y la exigencia de heterointegración es más importante cuando sea menor la tutela, para el ejercicio de la autonomía de las partes contratantes amparada por otras formas. En particular, el uso del principio «*pacta sunt servanda*», por oponerse a la consideración de la onerosidad sobrevenida relativa a las circunstancias no explícitamente previstas en la regulación contractual, puede estar presente, históricamente goza de mayor suceso en los momentos históricos y en los ordenamientos, o en

¹⁶ «La deuda externa y el Derecho internacional. Principios jurídicos aplicables», 243 ss.

particulares sectores de éstos, que ya han realizado una elevada estabilidad e igualdad efectiva de base a los operadores; tal uso sigue la existencia de esas condiciones, y tácitamente las presupone. Una tal estabilidad e igualdad no existe en la actual fase histórica de las relaciones internacionales. El contrato, en cualquiera de sus cláusulas, está por ser interpretado, y también por ser heterointegrado a la luz del conjunto de los «principios generales del Derecho». Éstos preexisten a los contratos concretos, y se articulan en relación a la especificidad de las diversas circunstancias.

Del común tronco del *ius romanum*, el núcleo de estos principios, radicados histórica y estructuralmente en las relaciones civiles entre personas, y que han sido además asumidos como primer fundamento de las relaciones entre los Estados, ha formado un fondo de «principios generales del Derecho» al servicio del hombre y de los pueblos y de sus derechos, que continúa creciendo en el actual encuentro de tantos pueblos y con el desarrollo del nuevo orden económico internacional. Tales principios, citados también en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (art. 38) —y al cual en modo diverso marcan reenvío, como a una fuente informadora e integradora del propio Derecho, los ordenamientos estatales de tantos países—, constituyen el marco jurídico por cuyos términos debe ser regulada la deuda externa, y según los cuales deben ser concretamente interpretados los actos que nos ocupan, para no llegar a resultados que comporten violaciones a los derechos humanos.

La mayor onerosidad «sobrevvenida» de la prestación, excesiva e imprevisible, que deriva del alza de la divisa de referencia, que había sido elegida para garantizar, en cambio, la estabilidad del valor real de la prestación misma, y que se combinaba, al mismo tiempo, con un enorme e imprevisible aumento de las tasas de interés reales; el profundo desquiciamiento del inicial equilibrio de intereses logrado por las partes en los contratos no «aleatorios», trae a colación el principio *rebus sic stantibus* en sus diversas formulaciones (estos aspectos, en el volumen citado, se examinan en particular por J. L. de los Mozos, E. Jiménez de Arechaga, H. Gros Espiell¹⁷).

No obstante que efectivamente no se trate de puntos de vista iguales, se puede recordar que es posible abordar el problema en términos de «presuposiciones» (*Voraussetzung*); o en términos de, o cambio substancial de las circunstancias por las cuales la deuda se había contraído, del «fun-

¹⁷ Sobre el tema, cfr. también A. SERRA, «Responsabilità del debitore e limiti alla pretesa del creditore (Alcune riflessioni sul debito dei Paesi Latinoamericani)», en *Materiali*, VIII/1, cit., 383 ss.

damento» del contrato (*Wegafall der Geschäftsgrundlage*), en su configuración de la sobrevenida ruptura de la relación de equivalencia originaria entre las prestaciones (*Äquivalenzstörung*); o de la excesiva onerosidad sobrevenida de una prestación¹⁸. O pueden utilizarse otros principios, como aquellos relativos a la prohibición del abuso del derecho, o al enriquecimiento ilícito (sin causa), o a la equidad, o a la solidaridad y cooperación, en particular en la colocación de las consecuencias de hechos no provenientes de culpa. El objetivo es, en todos estos casos, la substancial redeterminación judicial de la prestación, una vez reconstruido, en la medida de lo posible, el equilibrio originario de intereses. Esto también para evitar que la misma ruptura de tal equilibrio de intereses comporte la contrariedad de los efectos respecto a la causa, la imposibilidad del objeto contractual por el cual se han celebrado contratos de financiamiento destinados a favorecer globalmente el desarrollo económico e industrial de los países a quienes el crédito era concedido (*Zweckvereitelung*).

Me parece interesante, sobre este punto, recurrir al artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (E. Jiménez de Arechaga) y, a manera de ejemplo, al proyecto elaborado por el UNIDROIT, de «Principios para los contratos mercantiles en materia internacional», con el que se intenta codificar los principios ya generalmente aceptados, el mismo que dispone, en una específica sección¹⁹:

Artículo 6.2.2
Definición de hardship
(excesiva onerosidad sobrevenida)

Existirá hardship (excesiva onerosidad sobrevenida), cuando el equilibrio de las prestaciones es alterado de una manera esencial, ya sea por un incremento en el costo de la prestación a cargo de una de las partes o por una disminución del valor de la prestación debida a una de ellas, y cuando además:

- a) los hechos tienen lugar o son conocidos por la parte perjudicada con posterioridad a la celebración del contrato;
- b) la parte perjudicada no haya podido razonablemente tener en cuenta dichos hechos al momento de la celebración del contrato;

¹⁸ El problema es diverso cuando se trata de grave desequilibrio originario de las prestaciones, cuya problemática se debe tener presente, y que tanto en la práctica como en la teoría presenta interferencias.

¹⁹ UNIDROIT, Roma, 1993.

- c) los hechos escapan al control de la parte perjudicada; y
- d) la parte perjudicada no haya asumido el riesgo de que dichos hechos pudieran sobrevenir.

Artículo 6.2.3

Efectos del hardship

(Efectos de la excesiva onerosidad sobrevenida)

- 1) En caso de hardship, la parte perjudicada puede requerir la renegociación del contrato. Esta requisitoria deberá formularse sin demora injustificada y señalar los fundamentos en la cual se basa.
- 2) Este requerimiento no autoriza por sí mismo a la parte perjudicada a suspender el cumplimiento de sus obligaciones.
- 3) En caso de no llegar a un acuerdo dentro de un período razonable, cualquiera de las partes puede recurrir a un tribunal.
- 4) En caso de presentarse una situación de hardship, el tribunal está facultado, siempre que lo considere razonable, para:
 - a) declarar la resolución del contrato en una fecha y en los términos que determine el tribunal; o
 - b) adaptar el contrato a fin de restablecer el equilibrio de las prestaciones.

Dado el fin de los contratos de financiamiento en examen, la tutela del deudor debería quizá ser mayor de la aquí prevista; pero estaría fuera de lugar examinarlo en este momento.

6.2.2

Por otra parte, aunque no se hubiera aceptado reconocer que el principio de la onerosidad sobrevenida tenga valor general y se deseara permanecer en el principio del *pacta sunt servanda*, ha sido ya ampliamente sostenido (me refiero a la participación de E. Quadri) que sería posible una interpretación «correctiva» de la cláusula de referencia monetaria, cuando la moneda elegida no desarrollara ya la función de parámetro de referencia estable por la cual fue elegida, con el fin de garantizar lo realmente querido por los contratantes y restablecer el equilibrio económico por ellos fijado inicialmente, con mayor razón en los contratos cuyo fin no es «especulativo». Tal interpretación debería ser efectuada por parte de un juez neutral. «Un similar encuadramiento podría también encontrar hoy apoyo, en la cada vez más acentuada y mundialmente difusa valorización del principio de la buena fe, como criterio de inter-

pretación del contrato y, al mismo tiempo, de valorización de la acción de las partes, sobre todo, precisamente en las situaciones en las cuales el poder de una de ellas se caracteriza por márgenes notables de discrecionalidad, en función de un re-equilibrio de la disparidad de fuerza de las partes.»²⁰.

6.2.3

En substancia, deben aplicarse los diversos corolarios del principio de la buena fe, principio cardinal en materia contractual tanto en el Derecho interno como en el internacional (así lo han manifestado E. Jiménez de Arechaga y H. Gros Espiell, con una referencia a la Carta de la ONU, artículo 2, párrafo 2; a la Convención de Viena de 1970 sobre el Derecho de los Tratados, artículo 26; a la resolución 2625 de la XXV Asamblea General de la ONU, Declaración relativa a los principios de Derecho internacional y a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, artículo 2, párrafo 2, y a algunos casos examinados por la CIJ): la buena fe es el fundamento del valor vinculatorio del contrato mismo, precede a la ejecución del mismo y concurre a determinar el contenido de las prestaciones.

6.3

En conclusión, hay que respetar el canon de fondo del Derecho de las obligaciones, que, salvo una adecuada justificación, en este caso no subsistente, brinda los medios para evitar conducir a la ruina al deudor (ruina a la cual el mismo Derecho privado más tradicional pone unos cuantos límites vinculados a la salvaguardia de las exigencias vitales del mismo). Y es de remarcar, y de profundizar, cómo esta conclusión converge con la tutela de los derechos fundamentales, de los derechos humanos y de los pueblos, los mismos por los que debe venir sustentada.

²⁰ E. QUADRI, «Referimento ad una moneta straniera, mutamento delle circostanze e controllo dell'autonomia contrattuale nei rapporti creditizi interessanti Paesi in via di sviluppo», en *Debito internazionale*, cit., 202 ss., quien al final anota: «resulta superfluo afirmar, una vez más, el desequilibrio de las fuerzas existentes en la relación que nos ocupa; desequilibrio todavía más acentuado por el co-interés de la autoridad competente en gobernar la moneda de referencia con respecto a una de las partes contractuales, por lo menos desde el punto de vista de una realista consideración de los intereses substanciales en juego; co-interés que no puede permanecer al margen de un adecuado relieve en la reconstrucción judicial de la relación, a la luz, sobre todo, del principio de la buena fe».

Los derechos fundamentales, los derechos humanos y de los pueblos —y entre estos últimos, en particular, el derecho a la autodeterminación—, no gozan simplemente de un valor programático (las perspectivas y principios madurados en el ámbito del Derecho internacional se han analizado tanto en las participaciones ya citadas como en las de su excelencia J. Mejía, A. Ferrari Toniolo, y por el colega F. Pocar). Tales derechos, además deben operar directamente frente a todas las entidades que ejercitan los poderes económicos de supremacía. (También este perfil me parece que debe ser profundizado.)

En este caso sostengo que, de cualquier forma, tales derechos, en primer lugar, deben reforzar el fundamento y la operatividad de criterios de colocación de las consecuencias de la excesiva onerosidad sobrevenida, para evitar un mayor sacrificio del deudor; en segundo lugar, deben constituir un límite a su propia ruina; en tercer lugar, su violación, o el peligro de ella, debe constituir un «estado de necesidad» o un «estado de peligro», relevante a los fines de la valoración de un nexo del vínculo obligatorio, en su génesis y en su cumplimiento, al estado de necesidad (nexo que daría lugar a un impedimento de la prestación, asimilable a la imposibilidad, o, en el caso de lesión enorme, a las consecuencias conexas).

6.4

En suma, en la situación específica, en primer lugar, sobre tales bases la no prevista ni previsible utilidad sobrevenida para el acreedor no se presenta quizá digna de tutela frente al daño sufrido por el deudor, y un correcto encuadramiento jurídico de la deuda externa de América latina podría probablemente llevar a proceder a una revisión matemática del monto debido, tanto por el servicio de la deuda como por el capital, no respecto al dólar o las tasas de interés fijadas en base a esta divisa, sino respecto a una canasta definida, tanto por lo que atañe a la divisa como a la tasa de interés, de modo tal que se garantice la permanencia del equilibrio de las prestaciones acordado por las partes en el momento mismo de contraer la deuda. De tal forma debería poderse averiguar si la deuda ya habría sido pagada en gran medida. Y podría someterse después a una prudente renegociación la tarea de evitar el eventual surgimiento de otros procesos incontrolados de crisis de la finanza internacional, para evitar los cuales parece que no deben faltar los instrumentos en los países industrializados (considérese que la deuda externa es gravísima en relación al PBI de los países endeudados, pero no lo es en la misma medida en relación al de los países acreedores).

En segundo lugar, un correcto encuadramiento debería brindar cri-

terios para la elaboración de tipos contractuales adecuados a las presentes exigencias, que, por ejemplo, incluyan una cláusula encaminada a neutralizar los efectos de políticas monetarias nocivas al deudor más débil, en concreto, a los países en vías de desarrollo, los que, por lo general, no concurren a la concertación de la política económica o monetaria global. Todo esto con el fin de evitar iniciativas económicas y financieras que al aplicarse produzcan especulación y despojo; además de dar una adecuada tutela y espacio a las correctas inversiones. Unas cláusulas para regular adecuadamente –esto es, haciendo referencia a un juez o árbitro que efectivamente se encuentre en un nivel superior al de las partes– otros mecanismos para la distribución de la onerosidad sobrevenida relativa a los aspectos no previstos por las partes.

7

Cierto, un colegio de jueces no puede sustituir una actividad de gobierno.

Y es, por lo tanto, de primera importancia, un gobierno global de la moneda, a condición de que tenga un adecuado fundamento democrático y sepa estar atento a las exigencias de los países más débiles. Son fundamentales, para proceder en tal dirección, todas las aportaciones que maduran en el ámbito de la comunidad internacional.

Un colegio de jueces puede garantizar la aplicación del Derecho existente, y, entonces, un ordenado desarrollo de las acciones y de la participación de los miembros de una comunidad; además de la justa solución de los conflictos de intereses emergentes: la *conservatio legitimaе atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis* propuesta por Cicerón (de Orat. 1.42,188). Dicho colegio de jueces puede también recoger el impulso, que mana de los principios generales del Derecho y de las aspiraciones de los pueblos, para la realización substancial de la igualdad. En la actual sociedad internacional, que «es una comunidad de desiguales, y de profundamente desiguales en el plano económico, social, cultural [...] el derecho formal –ha observado F. Pocar– debe ser valorizado a la luz de los principios que restablezcan el equilibrio en las situaciones, tomando en cuenta la profunda diversidad de los sujetos que la componen. No hay duda –prosigue– que este nuevo equilibrio pueda verificarse modificando normas formales, pero puede hacerse también incluyendo tales normas en el ámbito de los principios generales que tiendan a lograr el equilibrio de las posiciones de los sujetos».

El reconocimiento y afirmación, por parte de un imparcial y competente colegio judicial, de los «principios» jurídicos que serían aplicables

a la deuda externa, concurriría en un modo altamente constructivo a un planteamiento del problema, más justo y también más digno para todas las partes.

La hipótesis de un recurso consultivo por parte de la Asamblea General de la ONU a la Corte Internacional de Justicia de La Haya, ya ha sido sostenida por la IHLADI a propuesta del embajador M. A. Espeche Gil, y ha motivado la iniciativa de la República Dominicana. Después ha sido apoyada, con la consideración de las más difusas violaciones de los principios generales del Derecho, en el Seminario Roma-Brasilia y compartida por el Fórum de Viena. En sede política, ya ha tenido el apoyo, entre otros, del Parlamento Latinoamericano, como mencionaba al inicio. En el volumen al que estoy haciendo referencia, ella ha sido profundizada con la autoridad de eminentes participantes en sus diversas intervenciones (recuerdo a F. Pocar, H. Gros Espiell, E. Jiménez de Arechaga), y después ha sido compartida por todos los participantes en la mesa redonda conclusiva: el ya recordado embajador M. A. Espeche Gil, su excelencia E. Gallina, el senador A. F. Montoro, y el colega M. Panebianco. Además ha sido hecha propia por el Grupo de Trabajo de Jurisprudencia del Consejo Europeo de Investigaciones Sociales sobre América Latina (CEISAL), que ha formado a tal fin una comisión que, además de juristas europeos, está excepcionalmente integrada también por un restringido grupo de juristas latinoamericanos que han colaborado en la investigación.

Si es verdad que en 1992 los niveles de tasas de interés, sobre todo relativos al dólar USA, y el valor de tal moneda en relación con otras monedas de países industrializados, han atenuado parcialmente los niveles más dramáticos de la crisis, es falsa la afirmación de que ya se haya solucionado. La hipótesis de que la moneda de referencia pueda nuevamente elevarse, y/o las tasas de interés estipulados puedan dispararse, hace indispensable una decisiva aclaración del Derecho aplicable, y la incorporación de cláusulas idóneas en los mismos formularios contactuales, para que no se reagudicen las situaciones ahora examinadas y no se asista a la repetición de éstas, también en cuanto concierne a otras áreas y a nuevas deudas.

El querer un dictamen consultivo de la Corte Internacional de Justicia de La Haya es expresión de una cultura político-jurídica que conoce y confía en la misión del Derecho. Es expresión de una tradición latinoamericana del Derecho internacional, que honra a las doctrinas de utilidad general para la paz (baste mencionar la «doctrina Drago» y la «cláusula Calvo»).

Una solicitud de un dictamen consultivo de la Corte Internacional de Justicia, que se formulara tomando ocasión de la experiencia de Amé-

rica latina, interesa a todo el globo, en su gran división de Norte-Sur, la misma que últimamente ha incluido también a los países antes socialistas, a efecto de la transformación profunda, revolucionaria, de los órdenes europeos. Aquello que viene puesto al centro de la atención es el problema no sólo de la deuda en vías de cumplimiento, o que posiblemente ya ha sido cumplida, no obstante se siga pagando, sino también el de las cláusulas contractuales; de los principios jurídicos en los que se inspira, se está inspirando, la concesión de grandes financiamientos para la reestructuración económica. Es verdad que se deberían evaluar analíticamente las eventuales particularidades de los diversos países y de las diversas áreas, pero parece en todo caso imprudente no profundizar el tema desde ahora.

Atinadamente R. Caldera, en la apertura del Fórum de Viena, había indicado: «Esta situación intolerable se ha producido con violación de principios y normas jurídicas de valor universal. Es precisamente lo que saldrá a brillar de este «fórum científico» [...]. Las objeciones son tantas, que es pertinente la idea, que no debe dejarse dormir por más tiempo, de solicitar a la Corte de Justicia Internacional un pronunciamiento acerca de la ilegitimidad de las cláusulas contrarias al Derecho impuestas a los países deudores. Lograrlo sería un gran triunfo para la Humanidad.»