

# El acuerdo entre el FMI y Argentina en 2018. Control de Convencionalidad

*The agreement between the IMF and Argentina in 2018. Control of Conventionality*

Juan Bautista Justo<sup>1</sup>

Universidad Nacional del Comahue, Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 6/Nº 18 Verano 2020-2021 (21 diciembre a 20 marzo), 594-626

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e492>

**Resumen:** A mediados de 2018 el ministro de Hacienda de Argentina y el presidente del Banco Central de ese país enviaron una carta a la directora del Fondo Monetario Internacional solicitando un préstamo de 50 000 millones de dólares. En unos pocos días, menos de una semana hábil, ese pedido fue aceptado por el FMI y luego ampliado en 7100 millones de dólares más, desembolsándose finalmente un total de 45 000 millones. De acuerdo a lo que surge de constancias judiciales y administrativas, la decisión de contraer el préstamo fue adoptada por los precitados funcionarios argentinos sin ley especial habilitante, sin acto administrativo autorizador, sin expediente y sin recabar previamente los dictámenes jurídicos y técnicos exigidos por la legislación nacional. Esas omisiones determinaron que la operatoria presentara severas falencias en materia de competencia y procedimientos de formación de la voluntad estatal. En este trabajo se plantea que esa sumatoria de fallas en los procesos decisorios domésticos implicó una transgresión por parte del Estado a sus obligaciones bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos civiles y políticos –gobierno democrático, participación ciudadana y acceso a la información pública– y derechos económicos,

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional del Comahue, Argentina.

El autor agradece los aportes y comentarios de Francisco Verbic, Horacio Etchichury y Laura Clérico. Las opiniones y conclusiones reflejadas en este artículo son únicamente las del autor.

sociales, culturales y ambientales, todo lo cual compromete la validez del acuerdo celebrado con el organismo financiero.

**Abstract:** In mid-2018, Argentina's finance minister and the president of the Central Bank sent a letter to the International Monetary Fund Managing Director requesting a \$50 billion loan. Within a few days, less than one business week, that request was accepted by the IMF and later expanded by an additional \$7.1 billion, finally disbursing a total of \$45 billion. According to judicial and administrative records, the decision to contract the loan was adopted by the aforementioned Argentine officials without a special enabling law, without an authorizing administrative act, without a file and without previously obtaining the legal and technical opinions required by the Argentine legislation. These omissions caused the operation to present severe shortcomings in terms of competence and procedures for the formation of the State's will. This article argues that this sum of flaws in the domestic decision-making processes implied a transgression by the State of its obligations under the American Convention on Human Rights in terms of civil and political rights -democratic government, citizen participation and access to public information- and economic, social, cultural and environmental rights, all of which compromises the validity of the agreement entered into with the financial body.

---

## I. Introducción: el caso

El 12 de junio de 2018, el ministro de Hacienda de la República Argentina y el presidente del Banco Central de ese país (BCRA) firmaron una Carta Intención dirigida a la directora del Fondo Monetario Internacional (FMI) en la cual se solicitaba el otorgamiento de un crédito *Stand-By* por la suma de 50 000 millones de dólares. La petición fue acogida favorablemente por el Directorio Ejecutivo del organismo internacional en menos de una semana hábil, el 20 de junio.<sup>2</sup> El préstamo fue luego

---

<sup>2</sup> FMI, Comunicado de Prensa núm. 18/245.

ampliado en 7 100 millones de dólares, desembolsándose finalmente un total de 45 000 millones.

De acuerdo a lo que surge de constancias judiciales y administrativas, la decisión de contraer el préstamo fue adoptada por los precitados funcionarios argentinos:<sup>3</sup>

a) sin ley previa especial habilitante;<sup>4</sup>

b) sin autorización del Jefe de Gabinete de Ministros para el inicio de las tratativas;<sup>5</sup>

c) sin acto administrativo autorizatorio emanado del Poder Ejecutivo Nacional para la conclusión del acuerdo;<sup>6</sup>

d) sin intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación;<sup>7</sup>

e) sin dictamen jurídico previo;<sup>8</sup>

f) sin dictamen técnico previo;<sup>9</sup>

g) sin expediente administrativo;<sup>10</sup>

Como era de esperarse, esas omisiones determinaron que la operatoria presentara severas falencias en materia de competencia y procedimientos de formación de la voluntad estatal. En cuanto al primer aspecto, la debida autorización a los/as firmantes de un acuerdo, además de un requisito esencial de cualquier actuación pública,<sup>11</sup> es considerada como un principio

---

<sup>3</sup> Véase: <https://fmiargentina.com/>; Andrés Bernal, Augusto Martinelli y Francisco Verbic, "La nulidad del crédito de Argentina con el FMI" (inédito). Véase, también, el Decreto PEN núm. 239/2021.

<sup>4</sup> Arts. 1, 4, 29, 75 inc. 4 y 76 de la Constitución Nacional.

<sup>5</sup> Art. 59 del Decreto PEN núm. 1344/2007.

<sup>6</sup> Arts. 99 inc. 11 de la Constitución Nacional y 7° inc. a del Decreto - Ley 19549, LNPA .

<sup>7</sup> Decreto núm. 1486/2011.

<sup>8</sup> Art. 7 inc. d, LNPA.

<sup>9</sup> Art. 61, Ley 24156.

<sup>10</sup> Art. 1, Decreto núm. 1759/1972, RLNPA.

<sup>11</sup> "En el orden jurídico administrativo, la competencia constituye un elemento esencial que confiere validez a la actuación de los órganos estatales, a tal punto que aquélla no se configura como un límite externo a esa actuación sino como un presupuesto de ella, en virtud

general del derecho internacional que condiciona la validez de una transacción crediticia.<sup>12</sup> En la faz procedimental, la exigencia de dictámenes previos constituye un típico recaudo de validez de las decisiones administrativas que cuenta con un largo reconocimiento normativo y jurisprudencial. El *abc* del derecho administrativo argentino enseña que una decisión administrativa con vicios ostensibles en materia de competencia y formas adolece de una nulidad absoluta, es irregular y carece —por consiguiente— de presunción de legitimidad (arts. 14 inc. b y 17, LNPA).<sup>13</sup>

Es dable pensar, incluso, que la decisión unilateral de dos funcionarios de enviar una carta al FMI para contraer un crédito de esa magnitud constituyó una “vía de hecho administrativa”, en tanto ese curso de acción no estaba respaldado por un acto administrativo que facultara a los firmantes a embarcar al país en semejante empresa. En un Estado de derecho, esa formalización de la decisión administrativa como instancia previa a su ejecución es un recaudo elemental de validez del ejercicio del poder público, que ha sido gestado trabajosamente a lo largo de varios siglos para evitar los desvíos de los gobernantes.<sup>14</sup>

---

de la vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico, que debe autorizar a sus organismos para actuar en forma expresa o razonablemente implícita” (CSJN, *Althabe*, 2007, *Fallos*, 330:2992).

<sup>12</sup> Matthias Goldmann, “On the Comparative Foundations of Principles in International Law: The Move towards Rules and Transparency in Fiscal Policy as Examples”, en Carlos Espósito, Yuefen Li y Juan Pablo Bohoslavsky, *Sovereign Financing and International Law*, (Oxford, Oxford University Press, 2013).

<sup>13</sup> De acuerdo a un inveterado principio, “son recaudos mínimos para la validez de los actos administrativos, los de forma y competencia” (CSJN, *Gómez Zorrilla*, 1963, *Fallos*, 256:277). Véase, *inter alia*, CSJN, *Carman de Cantón*, 1936, *Fallos*, 175:368; *Ganadera “Los Lagos” S.A.*, 1941, *Fallos*, 190:142; *Pustelnik*, 1975, *Fallos*, 293:133.

<sup>14</sup> La figura del acto administrativo —que en esta operatoria luce ausente— es una pieza clave del derecho administrativo moderno, en la medida en que sintetiza la estrategia histórica de sometimiento del poder al derecho que late en las bases de esa disciplina. En efecto, la idea de acto administrativo explicita la obligación del Estado de formalizar sus decisiones *antes de actuar*, para lo cual le exige una declaración previa a la acción que contenga ciertos elementos que permitan verificar la conformidad de lo decidido —y

Teniendo en miras esos antecedentes, en este trabajo se analizará si la forma de celebración del acuerdo de préstamo con el FMI resulta compatible con las obligaciones asumidas por el Estado argentino en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A esos efectos, se evaluará si la decisión de endeudar al país en miles de millones de dólares y de asumir intensos compromisos de reducción del gasto público como garantía frente al acreedor, adoptada por el ministro de Hacienda y el presidente del BCRA sin ley especial previa habilitante, sin acto administrativo autorizador, sin expediente y sin recabar previamente los dictámenes jurídicos y técnicos exigidos por la legislación administrativa, ha sido consistente con las exigencias que dimanaban del precitado tratado internacional.

A esos fines, se aplicará un enfoque esencialmente *formal*. No se indagará aquí sobre los efectos concretos que puede haber tenido el préstamo o sus condicionalidades sobre ciertos derechos convencionales de individuos o grupos, pues ello involucra aspectos empíricos que exceden este estudio. Las preguntas que motorizan el trabajo son otras: ¿permite la Convención Americana

---

declarado— con el ordenamiento jurídico. La teoría del acto administrativo corporiza, así, los límites impuestos al Estado por el principio de legalidad a través de dos herramientas: la necesidad de esa *declaración previa a la acción* y la exigibilidad de ciertos *elementos* del acto. Ambas variables constituyen técnicas para garantizar la juridicidad del obrar burocrático. Como se ha explicado, “del caos indisciplinado de operaciones materiales de todas clases que indiferenciadamente realizaba el Estado-policía se va a desprender ahora la noción de acto administrativo para designar un acto jurídico de naturaleza específica que viene a determinar el sentido en que la regla de Derecho debe aplicarse al caso individual. La significación que en adelante va a adquirir el acto administrativo entraña una doble vertiente: de una parte, viene a ejecutar o concretar la ley; de otra parte, se convierte en condición previa de toda operación material realizada por la administración pública o, al menos, de aquellas operaciones que rozan la esfera de la libertad o de la propiedad de los particulares” (Garrido Falla, Fernando, Palomar Olmeda, Alberto & Losada González, Herminio, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2010, p. 565). Véase, Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, t. II, (Depalma, Buenos Aires, 1955), 74; Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, (Civitas, Madrid, 2001), 440; Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996), 213; Carlos M. Grecco, “Vías de hecho administrativas”, *LL*, 1980-C, 1203; Tomás Hutchinson, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, (Astrea, Buenos Aires, 1998), 93.

que una decisión tan gravitante sea adoptada del modo en el que se lo hizo en este caso? En caso de una respuesta negativa ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas?

Dicho en otros términos, ¿tiene el sistema interamericano de derechos humanos algo para decir en este asunto? En su caso, ¿qué es lo que aporta?

## **II. Primer interrogante. Compatibilidad de la decisión del Estado argentino con la Convención Americana sobre Derechos Humanos**

### ***1. Derechos humanos y legalidad***

La primera pregunta que debemos hacernos para abordar este caso es la siguiente: una decisión que infringe el derecho interno del Estado ¿viola el derecho internacional? La respuesta a esa pregunta ha cambiado dramáticamente en los últimos setenta años, como producto de la transición que ha atravesado el sistema internacional desde un modelo focalizado en los Estados-nación a otro basado en instituciones transnacionales. Para el derecho internacional clásico, la respuesta a la pregunta planteada era un rotundo *no*; la legalidad interna era indiferente para ese sistema. Hoy la respuesta es algo distinta: la mayoría de los Estados han asumido internacionalmente el compromiso de ejercer el poder público bajo las reglas del gobierno democrático,<sup>15</sup> que tiene en el principio de legalidad a su principal expresión. El resultado ineludible de esa decisión es que la legalidad interna de las medidas gubernamentales se ha vuelto también una cuestión de derecho internacional.

#### *1.1. Del derecho internacional “hacia afuera” al derecho internacional “hacia adentro”*

El rasgo distintivo del recorrido histórico que da lugar al Estado moderno reside en la consolidación de un único centro

---

<sup>15</sup> Art. 29 inc. 2° de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

de poder, supremo frente a todas las entidades intermedias. El Tratado de Westfalia (1648) materializó esta transición, al dar fin a la sangrienta Guerra de los Treinta Años. Se pactó allí que cada territorio podría determinar su propio sistema de gobierno sin injerencias externas, pero debería abstenerse de entrometerse en los asuntos domésticos de sus pares. Bajo ese modelo, la paz se alcanzaría a partir de la independencia recíproca de Estados aislados entre sí. Ese rasgo permitió a las noveles naciones asegurar la igualdad en las relaciones externas con otros países y la autoridad interna en relación a sus propios habitantes.<sup>16</sup>

La doctrina de la soberanía fue la moneda de ese nuevo paradigma del poder político. Su cara “interna” implicó afirmar un *status* que permite a una persona u organismo político establecido ejercer el “comando supremo” sobre una sociedad particular. El

---

<sup>16</sup> El art. 2.7 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) establece que “Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta”. Es así que “Ningún Estado tiene derecho de intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro (...) El estricto cumplimiento de estas obligaciones es una condición esencial para asegurar la convivencia pacífica entre las naciones” (ONU, Asamblea General, *Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía*, Resolución núm. 2131 (XX), 21 de diciembre de 1965, apartados 1° y 4°). En igual sentido, “Todos los Estados gozan de igualdad soberana, tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole. En particular, la igualdad soberana comprende los elementos siguientes: a) Los Estados son iguales jurídicamente. b) Cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía. c) Cada Estado tiene el deber de respetar la personalidad de los demás Estados. d) La integridad territorial y la independencia política son inviolables. e) Cada Estado tiene el derecho a elegir y llevar adelante libremente su sistema político, social, económico y cultural” (ONU, Asamblea General, *Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, Resolución núm. 2625 (XXV), 24 de octubre de 1970). A nivel regional, el art. 19 de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) dispone que “ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. El principio anterior excluye no solamente la fuerza armada, sino también cualquier otra forma de injerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen”.

gobierno —sea monárquico, aristocrático o democrático— tiene la “autoridad final y absoluta” dentro de un territorio dado.

La cara “externa” de la soberanía, por su parte, implicó la afirmación de que no hay una autoridad por encima y más allá del Estado soberano. Los Estados deben ser considerados como libres e independientes en todos los asuntos de política interna y nadie puede decirles qué tienen que hacer o dejar de hacer en ese ámbito. La soberanía externa reclama esa autodeterminación y veda toda interferencia de otros Estados.<sup>17</sup>

Como resultado de esa estricta diferenciación entre lo interno y lo externo, en el sistema westfaliano, el modo en que un soberano trataba a sus súbditos en su territorio era un tema exclusivamente doméstico.<sup>18</sup> A lo sumo, se discutía si se le podía exigir cierto comportamiento en relación a ciudadano/as extranjero/as o bien si ciertas prácticas extremas —como la esclavitud— serían toleradas. Lo que resultaba claro es que no estaba dado al derecho internacional ocuparse de asuntos internos.

Ese modelo de Estados soberanos y herméticos fundado en la no intervención en los asuntos puramente internos duró de 1648 a 1989. A partir de la segunda mitad del siglo XX —Segunda Guerra Mundial—, los Estados comenzaron a transferir

---

<sup>17</sup> Para la Corte Internacional de Justicia, “el principio de no intervención implica el derecho de todo Estado de conducir sus asuntos sin injerencia extranjera” y “dicho principio prohíbe a todo Estado o grupos de Estados intervenir directa o indirectamente en los asuntos internos o externos de otro Estado” (CIJ, *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua —Nicaragua vs. Estados Unidos de América—*, Fondo del Asunto, 27 de junio de 1986, párr. 202).

<sup>18</sup> La competencia exclusiva en cuestiones internas comprende aquellas “materias que, aunque toquen muy de cerca a los intereses de más de un Estado, no están en principio reguladas por el derecho internacional. *En lo referente a estas materias, cada Estado es dueño único de sus decisiones*” (Corte Permanente de Justicia Internacional —CPJI—, *Opinión sobre decretos de nacionalidad en Túnez y Marruecos*, Serie B, núm. 4, 1923, énfasis del autor). En palabras de John Marshall, “The jurisdiction of the nation within its own territory is necessarily exclusive and absolute. It is susceptible of no limitation not imposed by itself. Any restriction upon it, deriving validity from an external source, would imply a diminution of its sovereignty to the extent of the restriction, and an investment of that sovereignty to the same extent in that power which could impose such restriction” (USSC, *Schooner Exchange vs. McFaddon*, 11 U.S. 116, 136, 1812).

muchas de sus atribuciones a entidades supranacionales, los actores no estatales comenzaron a ser titulares de derechos y obligaciones bajo el ordenamiento internacional y el derecho internacional empezó a regular aspectos centrales de la relación entre el Estado y sus ciudadanos, erosionando con ello su impenetrable soberanía interna. Ese proceso, que se catalizó con la caída del Muro de Berlín, llevó a que aspectos tradicionalmente reservados al dominio doméstico y librados al juego de los vínculos soberanos se vieran crecientemente regulados a nivel internacional, con la consiguiente limitación de la acción estatal en las dos esferas. Los principales hitos de ese proceso son los derechos humanos, el comercio internacional y la protección de inversiones extranjeras.<sup>19</sup>

Pasadas ya varias décadas de esa evolución, en el siglo XXI no es posible distinguir de manera nítida las materias propias del derecho interno de las que corresponden al derecho internacional. Muchas de ellas se encuentran superpuestas. La distinción era siempre factible cuando el derecho internacional se limitaba a regular las relaciones externas de los Estados y todo lo demás quedaba excluido de su ámbito, especialmente las decisiones con impacto dentro de su territorio o respecto de sus propios súbditos. Sin embargo, “hoy las mismas situaciones, en el mismo ámbito territorial y respecto de las mismas personas son objeto de ambas jurisdicciones, la de cada Estado en particular y la de la comunidad internacional. De ahí que la legitimidad y aun la necesidad de considerar cuestiones aparentemente de derecho interno desde el punto de vista del internacional, es hoy indiscutible”.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Juan Justo, “El fin de la promesa constitucional”, 4 *Revista Argentina de Justicia Constitucional*, octubre 2017; “Amenazas y escudos protectores. Las inversiones en el sector energético y la saga de la expropiación en el derecho internacional”, 13 *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería* (RADEHM), mayo-julio 2017.

<sup>20</sup> Corte IDH, OC-7/86, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta - artículos 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 29 de agosto de 1986, Opinión Separada del Juez Piza Escalante.

El concepto de “estatalidad abierta” grafica bien el nuevo escenario. Asistimos a la apertura de la esfera de competencias del derecho interno del Estado, es decir, a la permeabilidad del ordenamiento nacional frente a principios y contenidos normativos provenientes de otros regímenes jurídicos.<sup>21</sup>

Todo lo anterior tiene como consecuencia que las líneas que antes dividían con nitidez lo “nacional” de lo “internacional”, hoy sean más tenues. En la actualidad, los tratados se usan para disciplinar el funcionamiento de las autoridades *dentro de su propia jurisdicción*.<sup>22</sup> Esos instrumentos se alejaron de la regulación exclusiva de las relaciones entre Estados para intervenir de lleno en la vinculación de éstos con los individuos.<sup>23</sup> Como resultado de ello, una cantidad creciente de asuntos que antes eran regulados solo por el ordenamiento doméstico se ven ahora alcanzados por disposiciones internacionales y transnacionales. El caso que aquí analizamos debe ser examinado computando esa transición.

### *1.2. El derecho a la democracia. La sujeción a la ley como obligación internacional del Estado*

Como cabal expresión del cambio apuntado anteriormente, bajo los tratados de derechos humanos —tanto regionales como universales—, la sujeción del Estado a sus propias leyes (compatibles con esos pactos) constituye una obligación internacional que trasciende la esfera doméstica. Juridicidad y derechos fundamentales forman un conjunto indisoluble, por lo que las

<sup>21</sup> Mariela Morales Antoniazzi, “El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximación desde el impacto de la corte interamericana de derechos humanos” en Armin Von Bogdandy, Héctor Fix Fierro y Mariela Morales (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, (UNAM-ILJ-Instituto Max Planck de Derecho Público, Comparado y Derecho Internacional, México, 2014).

<sup>22</sup> Antonios Tzanakopoulos, “Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34, 2011.

<sup>23</sup> CIJ, *Case Concerning Reservation to the Convention on Genocide*, 1951, párr. 23.

actuaciones del Estado contrarias a su propio marco normativo pueden engendrar responsabilidad internacional.<sup>24</sup> En el caso interamericano, esa pauta se desprende de los arts. 1, 2, 7, 25, 29 y 30 del Pacto de San José de Costa Rica, así como de otros instrumentos específicos. La recurrente afirmación de esa estrecha conexión dista de ser casual: en términos históricos, la defensa de la democracia ha sido el primer desafío del régimen interamericano, como producto directo de la triste experiencia dictatorial del sub-continente que vino a dejar atrás.

Es así que, en este modelo regional, “el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de junio de 2005, párr. 167; *Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de febrero de 2016, párr. 148; *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de julio de 2009, párr. 69; *Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de septiembre de 2015, párr. 123; *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2017, párr. 155.

<sup>25</sup> Corte IDH, OC-8/87, “*El habeas corpus bajo suspensión de garantías - arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, 30 de enero de 1987, párr. 26. De acuerdo al ideario básico del Estado de derecho moderno, en el respeto por las leyes sancionadas democráticamente se dirime la vigencia efectiva del principio fundante de la organización estatal, que no es otro que la *libertad individual*, consagrado en el art. 7.1 de la Convención Americana (Corte IDH, *I.V vs. Bolivia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de noviembre de 2016, párr. 151). En efecto, el primer objetivo de una república democrática es asegurar la autonomía personal. Para salvaguardar esa libertad, el único deber de obediencia que el Estado puede reclamar es aquél susceptible de ser referenciado al consentimiento de los gobernados, un consentimiento que sólo se materializa en el derecho sancionado democráticamente. Fuera de esos márgenes está la heteronomía, la imposibilidad de ligar técnicamente las órdenes del poder público al asentimiento de sus destinatarios, es decir, la tiranía. La plataforma de legitimación del poder político surgida de las revoluciones de los siglos XVII y XVIII es que se obedece a las leyes y no a las personas. La conciliación entre libertad y autoridad se vuelve posible a través de la ley: quien la obedece

El lazo entre Estado de derecho y protección de los derechos fundamentales no es, entonces, dudoso. El sistema interamericano existe a partir de asumir que no es posible brindar tutela a esos derechos sin proteger la juridicidad. La sujeción del poder al derecho democrático es su gran proyecto histórico.

La derivación directa de esa simbiosis entre derechos y democracia en América es la reserva de ley. En palabras de la Corte Interamericana, “la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución”.<sup>26</sup>

---

lo hace como partícipe de la soberanía que reside en el pueblo, de quién emanan las normas que condicionan las acciones de los gobernantes. El saldo de ese mecanismo es que los que mandan lo hacen en tanto obedecen (al marco normativo en que fundan sus órdenes) y los que obedecen lo hacen en tanto mandan (a través de la formulación de ese marco).

<sup>26</sup> Corte IDH, OC-6/86, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 9 de mayo de 1986, párrs. 35 y 37; *Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 27 de enero de 2009, párr. 56; *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, párr. 164; *Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2017, párr. 102; *Álvarez Ramos vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de agosto de 2019, párr. 104; *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de agosto de 2008, párr. 176; OC-21/14, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, 19 de agosto de 2014, párr. 275; *Mémoli vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 22 de agosto de 2013, párr. 130; *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 22 de junio de 2015, párr. 119; *Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de noviembre de 2009, párr. 76; *Colindres Schonenberg vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas, 4 de febrero de 2019; *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de febrero de 2001, párr. 169; *Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de mayo de 2008, párr. 52; *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas, 4 de julio de 2007, párrs. 45 a 47; *Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2004, párr. 96; *Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, 22 de noviembre

En ese marco, “la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la constitución de cada Estado parte, y a *él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas*”.<sup>27</sup>

La juridicidad cumple esa precisa función de evitar el ejercicio arbitrario del poder público y se constituye, por lo tanto, en una de las garantías más relevantes para la eficacia del sistema de protección de los derechos humanos. En otros términos, la juridicidad siempre es la primera garantía de los derechos.

No alcanza, por cierto, con el reconocimiento nominal de estos mandatos: “para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, *se requiere no solo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos*”.<sup>28</sup>

Como vemos, la tríada *democracia —derechos y garantías— Estado de derecho* erige el sometimiento del Estado al ordenamiento jurídico en una garantía fundamental del individuo inserto en el *Bill of Rights* internacional. El principio de juridicidad no opera como una simple regla organizacional

---

de 2005, párrs. 68 y 79; *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, 19 de septiembre de 2006, párrs. 88 a 91; *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de febrero de 2001, párr. 128; *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005, párr. 145; *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 21 de noviembre de 2007, párr. 93; *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2007, párr. 127; *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo, 6 de mayo de 2008, párr. 61; *Escher y otros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de julio de 2009, párr. 130; *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2012, párr. 273; *Yatama vs. Nicaragua*, cit, párr. 206.

<sup>27</sup> Corte IDH, OC-6/86, cit., párr. 32 (énfasis del autor).

<sup>28</sup> Corte IDH, OC-6/86, cit., párr. 24 (énfasis de autor).

ni como un asunto ajeno a los/as ciudadanos/as, sino que su infracción determina una *lesión autónoma a un derecho fundamental* ¿Qué interés más sensible para la persona puede existir en una democracia que la sujeción del poder al derecho? Un Estado en el cual se reconocen los derechos pero no se fija el límite de la juridicidad no es más que un oxímoron. En tanto la juridicidad es el presupuesto institucional del sistema de protección de los derechos humanos, la legalidad interna de una decisión involucra un problema convencional.<sup>29</sup>

Sumada a su clara consagración jurisprudencial, estas pautas han sido expresamente positivizadas. La pulsión latinoamericana por las rupturas democráticas forzó esa explicitación, esa necesidad de asignar a manuales de educación cívica elemental el rango de declaraciones multilaterales de primer orden. El art. 3 de la Carta Democrática Interamericana nos recuerda, por si alguna duda queda, que “Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; *el acceso al poder y su*

---

<sup>29</sup> El art. 29 de la Convención establece que “ Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; (...) c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”. La redacción del inciso b) “está hecha con el criterio central de que no se entienda que la misma tuvo por objeto, de alguna manera, permitir que los derechos y libertades de la persona humana pudieran ser suprimidos o limitados, en particular aquellos previamente reconocidos por un Estado” (Corte IDH, OC-4/84, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, 19 de enero de 1984, párr. 20). Paralelamente, según el art. 29 inc. c), la lectura de la Convención no puede conducir a la exclusión de los derechos y garantías que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno. Esto implica que las reglas del sistema republicano, y demás componentes esenciales del Estado de Derecho, encuentran tutela jurídica bajo el sistema interamericano (Corte IDH, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, cit., párrs. 105 y 106; *Blake vs. Guatemala*. Fondo, 24 de enero de 1998, párrs. 96 y 97). Sin lugar a dudas, la conformidad del obrar estatal con el derecho interno es la primera garantía que se deriva de ese régimen republicano que la Convención manda proteger. La consecuencia “postwestfaliana” de esa directiva es que la legalidad interna ya no es algo disponible por el Estado.

*ejercicio con sujeción al Estado de derecho*; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”.<sup>30</sup> Esa pauta se suma al pionero art. XXXIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que desde 1948 nos viene avisando que “Toda persona tiene el deber de obedecer a la Ley”.

En resumidas cuentas, las actuaciones estatales que infringen el ordenamiento doméstico sancionado democráticamente comportan una inobservancia del Estado a sus deberes convencionales y engendran, por ello, responsabilidad internacional. Los defectos competenciales y procedimentales del acuerdo con el FMI evidencian una transgresión en este punto.

## ***2. La participación ciudadana como debido proceso***

Sumado a las debilidades jurídicas apuntadas en materia de competencia y formas, es posible observar también que la decisión de asumir el mayor endeudamiento soberano de la historia argentina se adoptó sin habilitar ningún tipo de participación ciudadana y en tiempo récord. Esa omisión también genera un problema convencional.

En efecto, los arts. 23 inc. 1º, ap. a) y 8º de la Convención Americana establecen la garantía del “debido proceso participativo”.

---

<sup>30</sup> Enfatismo del autor. La Corte Interamericana ha señalado que “La Carta Democrática Interamericana hace entonces referencia al derecho de los pueblos a la democracia, al igual que destaca la importancia en una democracia representativa de la participación permanente de la ciudadanía en el marco del orden legal y constitucional vigente y señala como uno de los elementos constitutivos de la democracia representativa el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho”. (Corte IDH, *López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de octubre de 2015, párr. 151; *Petro Urrego vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de julio de 2020, párr. 92). Cabe apuntar, no obstante, que en precedentes previos el tribunal interamericano ha asignado a esas disposiciones a un alcance meramente interpretativo (Corte IDH, *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de agosto de 2008, párrs. 216 a 223).

Esto significa que la participación de los afectados en la toma de decisiones públicas ya no tiene un contenido simbólico o aspiracional, sino que constituye una exigencia jurídica anclada en esas dos normas convencionales, con similar jerarquía al debido proceso clásico.<sup>31</sup> A partir de una interpretación evolutiva del precepto,<sup>32</sup> debe entenderse que el art. 23 de la Convención impide adoptar una decisión con impacto intergeneracional sin recabar ningún tipo de opinión de la población afectada.

El art. 23 inc. 1° de la Convención Americana establece que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad: i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos (ap. a); ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores (ap. b), y iii) a acceder a las funciones públicas de su país (ap. c).<sup>33</sup>

<sup>31</sup> El art. 8° de la Convención Americana se aplica al conjunto de requisitos que deben observarse ante cualquier acto estatal de determinación de derechos (Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, cit., párr. 147; *Ivcher Bronstein vs. Perú*, cit., párr. 102; *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, cit., párr. 124; OC-9/87, *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos, 6 de octubre de 1987, párr. 27). Véase, Juan Justo, “Procedimiento y garantías, tercera etapa: el debido proceso como ataque” en AA.VV., *El procedimiento administrativo a 20 años de la reforma constitucional*, (Astrea, Buenos Aires, 2015); “La democracia de los posmodernos y las transformaciones del derecho público. Tres mutaciones”, *Revista Jurídica La Ley*, Suplemento Derecho Administrativo, junio 2020.

<sup>32</sup> De acuerdo a este estándar hermenéutico, “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (Corte IDH, *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica*, cit., párr. 162; OC-16/99, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, 1 de octubre de 1999, párr. 114; *Bueno Alves vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas, 11 de mayo de 2007, párr. 193; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, 15 de noviembre de 2005, párr. 106; *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de octubre de 2016, párr. 245; *Ricardo Canese vs. Paraguay*, cit., párr. 181; *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de julio de 2004, párr. 184; *Kimel vs. Argentina*, cit., párr. 189.

<sup>33</sup> Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, cit., párrs. 195 a 200; *Castañeda Gutman vs. México*, cit., párr. 144.

Como puede advertirse, la norma distingue entre la “participación en la dirección de los asuntos públicos”, el “voto” y el “acceso a las funciones públicas”. Ese distingo demuestra que la participación conlleva un *plus* por sobre el piso mínimo de nominación de representantes en elecciones libres, pues de otro modo su consagración sería redundante. La participación constituye un derecho convencional autónomo, diferente del sufragio y el acceso a funciones públicas.

En este sentido, la jurisprudencia pacífica del tribunal interamericano establece que “el derecho a una participación política efectiva implica que los ciudadanos tienen no solo el derecho sino también la posibilidad de participar en la dirección de los asuntos públicos”.<sup>34</sup>

El ejercicio efectivo de esos derechos políticos constituye “un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención”.<sup>35</sup> Esa jerarquización de la participación como “un fin en sí mismo” abona la interpretación evolutiva que procura su inserción dentro de la red de protección del debido proceso. La participación es un fin en sí mismo, más allá del producto del procedimiento de que se trate.

En ese orden, “la participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa”.<sup>36</sup>

Más aún, “el derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el *acceso a una*

---

<sup>34</sup> Corte IDH, *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de mayo de 2010, párr. 107.

<sup>35</sup> Corte IDH, *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, cit., párr. 107; *Castañeda Gutman vs. México*, cit., párr. 143.

<sup>36</sup> Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, cit., párr. 196; *Castañeda Gutman vs. México*, cit., párr. 146.

*forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas*”.<sup>37</sup>

Como resultado de esa enorme gravitación de los derechos de participación, la propia Convención veda, en su art. 27, la posibilidad de su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de estos.<sup>38</sup>

De manera que el art. 23 protege tres intervenciones del/la ciudadano/a: “como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor público”.<sup>39</sup> El Estado debe dar las “oportunidades” para que esas intervenciones sean posibles. Es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.<sup>40</sup>

La jerarquización de la participación en los términos del art. 23 obedece a que las justas exigencias de la democracia deben orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas.<sup>41</sup> No es posible compatibilizar con esas directivas a una decisión de endeudamiento y asunción de condicionalidades que, pese a tener proyecciones intergeneracionales, ni siquiera atravesó los filtros del sistema representativo clásico.

---

<sup>37</sup> Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, cit., párr. 200; *Castañeda Gutman vs. México*, cit., párr. 150 (énfasis del autor).

<sup>38</sup> Corte IDH, OC-6/86, cit., párr. 34; *Castañeda Gutman vs. México*, cit., párr. 140.

<sup>39</sup> Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, cit., párr. 195; *Castañeda Gutman vs. México*, cit., párr. 145.

<sup>40</sup> Corte IDH, *Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de noviembre de 2009, párr. 29; *Argüelles y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de noviembre de 2014, párr. 175; *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de febrero de 2018, párr. 111.

<sup>41</sup> Corte IDH, OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 13 de noviembre de 1985, párr. 144.

### 3. Principio de máxima divulgación

Fue necesario instar varias acciones judiciales<sup>42</sup> para que el gobierno argentino divulgara —parcialmente y a regañadientes— los antecedentes básicos del acuerdo con el FMI. Esa decisión de retacear el acceso del público al convenio también involucra una afectación convencional.

El principio de máxima divulgación —o transparencia activa—<sup>43</sup> encuentra fundamento normativo en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y establece la presunción de que toda información en poder del Estado es accesible. Ese acceso resulta una condición esencial de validez de la actuación de las autoridades en una sociedad democrática, y por ende se encuentra solo sujeto a un sistema restringido de excepciones.<sup>44</sup>

En efecto, la jurisprudencia interamericana ha otorgado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el precitado art. 13, principalmente a través de poner el acento en su alcance social. Ese abordaje colectivo de estas libertades ha permitido dotar de una especial fuerza al acceso a la información pública como uno de los derechos incluidos dentro del ámbito de tutela de la disposición.<sup>45</sup> Es un caso de interpretación evolutiva.

La Corte Interamericana ha establecido, así, que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende “no solo el derecho y la libertad de expresar su propio

<sup>42</sup> Véase nota 3 *supra*.

<sup>43</sup> Corte IDH, *I.V vs. Bolivia*, cit., párr. 156.

<sup>44</sup> Corte IDH, *Claude Reyes y otros vs. Chile*, cit., párr. 92 y cctes.; *Gomes Lund y Otros (Gue-rilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2010, párrs. 230-231.

<sup>45</sup> Corte IDH, *López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas, 1° de febrero de 2006, párr. 163; *Palamara Iribarne vs. Chile*, cit., párr. 69; *Ricardo Canese vs. Paraguay*, cit., párrs. 77-80; *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, cit. párrs. 108-111; *Ivcher Bronstein vs. Perú*, cit., párrs. 146-149.

pensamiento, sino también el derecho y la libertad de *buscar, recibir y difundir* informaciones e ideas de toda índole”,<sup>46</sup> y dentro de esa concepción ha cobrado una especial relevancia la información estatal o en poder del Estado, puesto que de su buen conocimiento por parte de la ciudadanía dependen las posibilidades de participar y controlar de manera positiva y adecuada las acciones del gobierno y el real cumplimiento de los fines de esa organización.<sup>47</sup>

De la aplicación del mencionado principio surge una serie de reglas y pautas interpretativas fundamentales. En primer término, en virtud de esta presunción de publicidad corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control lo ha hecho de manera compatible con las normas interamericanas sobre la materia. Es de resaltar que la carga de demostración contiene un doble aspecto, pues el Estado no solo debe acreditar que la restricción se relaciona con uno de los objetivos legítimos que la habilitan (prueba de legalidad), sino también que la divulgación de datos que pretende impedirse ocasiona actual o potencialmente un perjuicio a esos objetivos que es mayor al interés público comprometido en su disponibilidad (prueba de proporcionalidad). Esta imposición en la carga probatoria es

---

<sup>46</sup> Corte IDH, *López Álvarez*, cit., párr. 163; *Ricardo Canese vs. Paraguay*, cit., párr. 77 y *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, cit., párr. 108 (énfasis del autor); Com. IDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*, (Washington, 2007).

<sup>47</sup> La interpretación evolutiva que permite reconocer en la clásica garantía de la libertad de expresión el derecho de acceso informativo también ha sido adoptada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, para quien el art. 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos enuncia un derecho de acceso a la información en poder de los organismos públicos. Esta información comprende los registros de que disponga el organismo, independientemente de su modo de almacenamiento, su fuente o su fecha de producción. Los Estados partes deberían hacer todo lo posible para garantizar un acceso fácil, rápido, efectivo y práctico a esa información (ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 34, *Artículo 19, Libertad de opinión y libertad de expresión*, 2011, CCPR/c/Gc/34, párrs. 18-19).

de vital importancia, dado que supone que en los casos “dudosos” debe entenderse que la información es pública y por lo tanto accesible para el particular.

También se desprende del principio de máxima divulgación el hecho concreto de que el particular no está obligado/a a justificar su pedido de información ni a acreditar un interés directo o afectación personal para su obtención,<sup>48</sup> lo cual atiende —precisamente— a la dimensión social con que se aborda el art. 13 de la Convención.

Por otra parte, la entrega a una persona de información pública supone en principio la permisión para su circulación en la sociedad, de manera que esta pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. Por lo tanto, la consagración convencional de la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, desde dos dimensiones que deben garantizarse simultáneamente, una individual, otra social.<sup>49</sup>

En definitiva, el principio de máxima divulgación trae aparejada —con proyecciones determinantes para todos los países sometidos al régimen interamericano— la presunción de publicidad de toda información estatal, el consecuente traslado de la carga argumentativa y probatoria de las restricciones hacia el Estado y la disponibilidad efectiva y absoluta de todos sus registros y datos para cualquier ciudadano.<sup>50</sup> La ausencia de acceso a la información vinculada con el préstamo ha implicado una infracción a ese principio.

---

<sup>48</sup> Corte IDH, *Claude Reyes vs. Chile*, cit., párr. 77.

<sup>49</sup> Corte IDH, *López Álvarez vs. Honduras*, cit., párr. 163; *Ricardo Canese vs. Paraguay*, cit., párr. 80; *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, cit., párrs. 108-111; *Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2012, párr. 294.

<sup>50</sup> Sobre la recepción de estos estándares en el derecho interno de los países de América Latina, ver Com. IDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *El derecho de acceso a la información pública en las Américas. Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales*, 2011, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.7/12.

#### 4. DESCAs, progresividad y participación

En la medida en que involucraban fuertes restricciones presupuestarias, los compromisos asumidos frente al FMI se vinculaban en forma directa con los mandatos de progresividad y no regresividad vigentes en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA).<sup>51</sup> Ello obligaba también a una participación de los/as afectados/as por esas medidas, que nunca se dio.

Como es sabido, los DESCAs involucran obligaciones básicas y obligaciones progresivas.

Mientras las obligaciones básicas exigen el acceso inmediato a niveles mínimos de disfrute de esos derechos, las progresivas implican el deber de poner en marcha estrategias encaminadas a su futura plenitud. Esa característica las aleja de la inmediatez de las obligaciones básicas, pero traslada la atención del/la intérprete hacia la participación genuina de los/as afectados/as en el diseño de esas políticas.<sup>52</sup>

Dicho de otro modo, si frente a las obligaciones básicas (de resultado) el rasgo preponderante desde la óptica procedimental reside en la eficacia de los remedios administrativos y judiciales para proveer satisfacción inmediata al derecho en su

<sup>51</sup> Véase, Corte IDH, *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*, cit., párrs. 16, 17 y 97; *Lagos del Campo vs. Perú*, cit., párr. 142; *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, cit., párr. 192; *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, cit., párr. 220; *Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de marzo de 2018, párr. 100; *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de agosto de 2018, párr. 97; *Muelle Flores vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de marzo de 2019, párrs. 170 a 208; *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 21 de noviembre de 2019, párr. 155; *Hernández vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 22 de noviembre de 2019, párr. 54; *Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de febrero de 2020, párr. 199.

<sup>52</sup> Justo, Juan, "Procedimientos locales y progresividad. El mandato participativo de los DESCAs", 5 *Revista ADA CIUDAD* - Dossier "Los DESC abren el debate", diciembre 2013.

faz esencial, frente a las de medios, la directiva jurídica esencial estriba en la participación de los/as afectados/as.

Esto es así porque —dentro de las formas de reducir la brecha entre los mandatos internacionales y el accionar de las autoridades nacionales— los DESCA se destacan por ofrecer una perspectiva democratizadora (propia del enfoque del desarrollo basado en los derechos humanos)<sup>53</sup> diferente a la de otros derechos, desde que no solo establecen la necesidad de brindar a las personas mecanismos para reclamar la cobertura de los pisos mínimos, sino que también hacen hincapié en la necesidad de una apertura a la participación ciudadana como vía para alcanzar la meta de la plena satisfacción de esos intereses.

---

<sup>53</sup> El enfoque del desarrollo basado en los derechos humanos (EBDH) busca integrar a los derechos consagrados en los tratados de derechos humanos en las estrategias de crecimiento. Para ello no solo centra su mirada en los resultados del desarrollo, sino que presta especial atención a los procesos por los cuales aquel se logra, procurando que sean participativos, no discriminatorios y que sus destinatarios dejen de ser meros receptores pasivos de decisiones tomadas en su nombre para convertirse en ciudadanos activos. Se entiende que la aplicación del EBDH conduce a mejores y más sostenibles resultados de desarrollo humano y ayuda a resolver los conflictos entre las partes interesadas. El valor agregado de este abordaje pasa por los siguientes factores: *a)* empoderamiento: al encuadrar el desarrollo bajo los estándares de los tratados de derechos humanos, lo que antes era concebido como “necesidades” ahora es entendido como derechos exigibles y la caridad se transforma en cumplimiento de obligaciones internacionales. Este cambio de mirada es fundamental para promover un rol activo de los sectores afectados; *b)* rendición de cuentas: este aspecto marca un rasgo distintivo del EBDH. Todos los estamentos involucrados en las estrategias de desarrollo —locales, nacionales, regionales e internacionales— deben dar cuenta del modo en que cumplen sus deberes en materia de derechos humanos y, *c)* participación: el EBDH asigna un valor estratégico fundamental a la participación activa, significativa y libre de la sociedad civil, comunidades, minorías, pueblos indígenas, mujeres y demás sectores cuyas voces han sido tradicionalmente excluidas de los debates sobre desarrollo. En oposición al enfoque usual, en el que los requerimientos de los grupos vulnerables eran identificados sin su intervención, el EBDH postula que sean esos sectores quienes participen en la determinación de sus propios objetivos de desarrollo y se involucren en forma directa en diseñar e implementar los proyectos necesarios para su consecución. Las organizaciones nacionales e internacionales pasan de ser los “ejecutores” de los programas de desarrollo a ser sus “facilitadores”. Eso conlleva un sentido de pertenencia de parte de los destinatarios que propicia una mayor sustentabilidad de los proyectos. (Filmer – Emilie Wilson, “The Human Rights-Based Approach to Development: The Right to Water”, 2 *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 23, 2005).

Esta perspectiva se materializa en la propia estructura de los mandatos convencionales, que parte de reconocer a la progresividad como un rasgo preponderante y acentúa con ello la imperatividad del diseño inmediato de estrategias nacionales encaminadas al logro gradual de la plena satisfacción de estos derechos. Justamente, al momento de diseñar y aplicar esas estrategias, las autoridades deben asegurar que sus acciones se llevan a cabo de acuerdo con la ley y los pactos, lo cual comprende la oportunidad de una genuina participación de los afectados que debe viabilizarse por medio de la previa y plena divulgación de la información relevante sobre las medidas pretendidas.

En este caso, ese mandato participativo tampoco fue respetado. Las decisivas políticas públicas derivadas del acuerdo con el FMI —que impactan directamente en los DESCA y condicionarán a varias administraciones— se gestaron a puertas cerradas y en una semana.

### ***5. El modo de celebración del acuerdo con el FMI implicó una violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos***

Puede sostenerse, a la luz de todo lo expuesto, que la forma en que se instrumentó el acuerdo con el FMI implicó una violación del Estado argentino a sus obligaciones convencionales en materia de legalidad, participación ciudadana, máxima divulgación y progresividad, consagradas en los arts. 1, 2, 7, 8, 13, 23, 25, 26, 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esas obligaciones vinculan al Estado tanto en sus actuaciones internas como en la conformación de sus relaciones internacionales. Como tiene dicho la Corte Interamericana, “la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana; por el contrario, su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana, tratado

multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados”.<sup>54</sup> Similar temperamento cabe aplicar para acuerdos crediticios.

### **III. Segundo interrogante. Las consecuencias jurídicas de la inobservancia de la Convención al celebrar el acuerdo con el FMI. Responsabilidad internacional del Estado y reparaciones**

#### ***1. Configuración de responsabilidad internacional del Estado argentino***

Según vimos, la decisión estatal analizada ha violado la Convención Americana. Resultan de aplicación, en consecuencia, los arts. 61, 62 y 63 de ese tratado, que someten la cuestión a la competencia del sistema interamericano y permiten la declaración de responsabilidad del Estado parte por esa violación y su ulterior reparación a través de los mecanismos de restitución, indemnización y garantías de no repetición.

La Corte Interamericana tiene, de acuerdo al art. 62 inc. 3° del Pacto, competencia para “conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido”. Paralelamente, cuenta también con atribuciones para interpretar en abstracto el alcance de la Convención y otros tratados, así como su compatibilidad con las leyes internas (art. 64). El tribunal posee, así, tanto competencia contenciosa como consultiva.

Cuando recibe una demanda en el marco de su jurisdicción contenciosa, la Corte debe analizar el caso y resolver si existió una violación. Si concluye que hubo una transgresión a las obligaciones del Estado, el tribunal dispondrá que se reparen

---

<sup>54</sup> Corte IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de marzo de 2006, párr. 140. Véase, Bohoslavsky, Juan Pablo & Justo, Juan, “Control de convencionalidad de los arbitrajes de inversión”, *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, 2010-II.

las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración (art. 63 inc. 1°). Ese fallo de la Corte es definitivo e inapelable (art. 67) y el Estado queda obligado a su cumplimiento (art. 68 inc. 1°).

La Corte no juzga casos nacionales, pero sí le compete “verificar si en los pasos efectivamente dados a nivel interno se violaron o no obligaciones internacionales del Estado derivadas de los instrumentos interamericanos que le otorgan competencia”.<sup>55</sup> Todo el obrar interno, queda sujeto a ese escrutinio. Las decisiones estatales son provisorias y derrotables en sede internacional.<sup>56</sup>

Por razones ligadas con la competencia material del tribunal y el principio de inoponibilidad del derecho interno, las normas aplicables en el contencioso interamericano son las previstas por el *corpus juris* internacional. Ello incluye al bloque convencional regional, el derecho consuetudinario internacional e incluso otros tratados de los que forman parte los Estados miembros, según prescribe el art. 29 del Pacto.<sup>57</sup>

Para que surja la responsabilidad siempre debe existir una violación a las obligaciones impuestas por el tratado. Esa transgresión se configura con la sola presencia de la medida estatal incompatible con la Convención, aun cuando ella no haya sido todavía aplicada a un individuo o grupo determinado. Lo que variará, en todo caso, es el alcance de la reparación, pero la responsabilidad se habrá configurado igual.

En efecto, ya desde el precedente *Suárez Rosero* la Corte ha precisado que una norma o decisión interna puede violar por sí misma el art. 2° de la Convención, “independientemente de que

<sup>55</sup> Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo, 19 de noviembre de 1999, párr. 222; *Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de septiembre de 2009, párr. 24.

<sup>56</sup> Corte IDH, *Rico vs. Argentina*. Excepción Preliminar y Fondo, 2 de septiembre de 2019, párr. 82.

<sup>57</sup> Corte IDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 16 de noviembre de 2009, párrs. 45 a 58 y 77.

haya sido aplicada”.<sup>58</sup> Ese estándar preventivo ha sido replicado en otros casos<sup>59</sup> y hoy forma parte de la lógica primaria del sistema interamericano, que tiene en el deber de adecuación del obrar estatal a los mandatos convencionales a su principal estrategia.

Lo anterior significa que la detección del hecho ilícito internacional —consistente en la inobservancia de una obligación del tratado— engendra responsabilidad internacional y da lugar, sin necesidad de mayores aditamentos, a un mandato reparatorio cuyo alcance dependerá de la presencia de perjuicios particularizados o no. En ausencia de un daño singular, la obligación del Estado consistirá solamente en extinguir la medida contraria a la Convención, es decir, la restitución.

## ***2. Reparaciones. Anulación del acuerdo, debida diligencia del prestamista y prohibición del enriquecimiento sin causa del Estado***

En el derecho internacional se entiende que la acción u omisión de cualquier autoridad gubernamental contraria a los mandatos de los pactos internacionales constituye un hecho ilícito imputable al Estado que compromete su responsabilidad.<sup>60</sup> Con motivo de aquella nace para el Estado una relación jurídica nueva, que consiste en la obligación de reparar el daño causado y hacer cesar las consecuencias de la violación.<sup>61</sup> Esa obligación se rige directamente por el derecho internacional y no es subsidiaria del derecho interno. Ninguna disposición o instituto doméstico puede oponerse a esa reparación.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> Corte IDH, *Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo, 12 de noviembre de 1997, párr. 98.

<sup>59</sup> Corte IDH, *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas, 21 de junio de 2002, párr. 112 a 114; *Barrios Altos vs. Perú*. Reparaciones, 14 de marzo de 2001, párr. 42.

<sup>60</sup> Corte IDH, *Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Fondo, 27 de agosto de 1998, párr. 40.

<sup>61</sup> Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Guatemala*. Indemnización Compensatoria, 21 de julio de 1989, párr. 25.

<sup>62</sup> Corte IDH, *Bulacio vs. Argentina*, 18 de septiembre de 2003, párr. 117; “*Cinco Pensionistas*” vs. *Perú*, 28 de febrero de 2003, párr. 164; *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, 27 de febrero de 2002, párr. 96, entre muchos otros.

De acuerdo a un consolidado principio del derecho internacional consuetudinario que la Convención ha hecho propio,<sup>63</sup> “la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, según toda probabilidad, hubiera existido de no haberse cometido dicho acto”.<sup>64</sup> Esto implica que el responsable debe anular todas las consecuencias del acto ilegal y dejar al afectado en la misma situación que hubiese existido de no haber ocurrido la violación, para lo cual debe recurrir a diferentes formas de reparación —restitución, indemnización y satisfacción— que pueden ser requeridas de manera única o combinada.

Sobre esas bases consuetudinarias, el sistema interamericano ha construido un sistema de reparaciones notablemente fuerte, bajo el cual el deber de reparar tiene un amplio alcance.<sup>65</sup> Si

<sup>63</sup> La responsabilidad del Estado por incumplimiento a sus obligaciones internacionales se rige básicamente por normas consuetudinarias. Esas normas han sido sintetizadas a lo largo de cincuenta años por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado (ONU, AG, A/RES/56/83, 2002). Ese instrumento, pese a carecer por sí mismo de efecto vinculante, refleja la costumbre internacional predominante en la materia, que constituye una fuente directa de obligaciones internacionales a la luz del art. 38.1.b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Como resultado de lo anterior, el Proyecto de la CDI es considerado como el documento más autoritativo sobre responsabilidad internacional del Estado (*Corn Products International Inc., vs. México*, Caso CIADI núm. ARB(AF)/04/01, 2008, párr. 76).

<sup>64</sup> CPJI, *Fábrica de Chorzow*, Serie A, núm. 17, 13 de septiembre de 1928, 47.

<sup>65</sup> Uno de los rasgos distintivos del sistema americano reside en la amplísima capacidad jurisdiccional reconocida a su tribunal, que contrasta con las limitaciones impuestas a su par europeo. Las diferencias en esta materia entre el Pacto de San José de Costa Rica y el Convenio Europeo de Derechos Humanos son marcadas: a) en primer lugar, la Convención Americana concede a su Corte la facultad de ordenar en sus sentencias medidas concretas que son de obligatorio cumplimiento por los Estados y cuyo acatamiento es supervisado directamente por el propio tribunal (arts. 63 y 68). Por el contrario, las sentencias de la Corte Europea poseen carácter *declarativo* y no pueden, por vía de principio, contener la imposición de obligaciones o medidas específicas. La elección del modo de cumplimiento queda —por regla— librado a una decisión discrecional del Estado y el Convenio pone la supervisión del cumplimiento a cargo de un órgano diferente al Tribunal Europeo: el Comité de Ministros (art. 46 del Convenio; SSTEDH, *Marckx vs. Bélgica*, 13 de junio de 1979, párr. 58; *Manifattura FL vs. Italia*, 27 de febrero de 1992, párr. 22; *Castells vs. España*, 23 de abril de 1992, párr. 54; *E.P vs. Italia*, 16 de noviembre de 1999, párrs. 76 y 77; *Papamichalopoulos vs. Grecia*, 31 de octubre de 1995,

bien procura inicialmente borrar las consecuencias que el acto ilícito pudo provocar en el afectado directo, la reparación no se detiene allí, sino que trasciende a la víctima y obliga a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar a nivel interno los derechos y libertades consagrados en el tratado, sea a través de la modificación de prácticas domésticas, la sanción a los responsables, medidas simbólicas o cualquier otro mecanismo que permita prevenir nuevos quebrantamientos.<sup>66</sup>

Desde esa perspectiva genérica, el propósito inicial de la reparación es eliminar las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que hubiese existido de no haberse

---

párr. 34; *Clooth vs. Bélgica*, 5° de marzo de 1998, párr. 14; *Assanidze vs. Georgia*, 8 de abril del 2004, párrs. 202 y 203 y punto resolutivo N° 14); **b)** en segundo lugar, en América las condenas pueden ser integrales y complejas, abarcando un heterogéneo catálogo de mandatos vinculantes para el Estado, que incluyen medidas de cesación, sustitución, indemnización y garantías de no repetición, para cuya imposición y fiscalización se toma en cuenta el tratado internacional y no el derecho interno. Por el contrario, el modelo europeo establece un mecanismo reparatorio *subsidiario*, que consiste exclusivamente en una *indemnización* y que solo resulta exigible cuando el derecho interno no haya permitido una solución a la violación (art. 41 del Convenio; SSTEDH, *Scozzari y Giunta vs. Italia*, 13 de julio de 2000, párrs. 249 y 250; *Sejdovic vs. Italia*, 1 de marzo de 2006, párr. 119). De hecho, el borrador inicial del art. 63 inc. 1° de la Convención Americana reproducía en materia de reparaciones el texto del art. 41 del Convenio Europeo (ex art. 50) y la decisión deliberada de los redactores —motivada en una propuesta de Guatemala— fue apartarse de esa fuente, consagrando un sistema de reparaciones amplio y autónomo (Véase, Bazán, Víctor, “Las reparaciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con particular referencia al Sistema Interamericano”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*, 2010); c) por último, a través del control de convencionalidad y las garantías de no repetición, el tribunal interamericano ha superado el clásico efecto *inter partes* de las sentencias, para expandir sus proyecciones con alcances *erga omnes* (Corte IDH, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26 de noviembre de 2010, párr. 225; *Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, 3° de septiembre de 2001, párr. 18; *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2006, párr. 188). La Corte Europea no ha establecido un criterio general tan vigoroso en el punto, aunque ha avanzado en el dictado de sentencias *erga omnes* a través del “procedimiento de sentencia piloto” (véase, entre otros, *Broniowski vs. Polonia*, 22 de junio de 2004; *Hutten-Czapska vs. Polonia*, 19 de junio de 2006; *Sejdovic vs. Italia*, 10 de noviembre de 2004; *Burdov (No. 2) vs. Rusia*, 15 de enero de 2009; *Torreggiani y Otros vs. Italia*, 8 de enero de 2013; *W.D. vs. Bélgica*, 6 de septiembre de 2016).

<sup>66</sup> Corte IDH, *Blake vs. Guatemala*, 24 de enero de 1998, párr. 121 y Punto Resolutivo 3°; *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y Otros) vs. Guatemala*, 8 de marzo de 1998, párr. 178 y Punto Resolutivo 6°.

cometido.<sup>67</sup> Se trata, en cierta medida, de volver el tiempo atrás<sup>68</sup> y devolver al afectado el goce efectivo del derecho conculcado, lo cual erige a la *restitución* en la primera forma de reparación internacional. Cuando ello no es posible, existen otras formas subsidiarias de reparación, como la *compensación* o *indemnización*. Por último, las *garantías de no repetición* apuntan a materializar la faceta preventiva, aspecto que juega un papel decisivo en la interpretación del sistema.<sup>69</sup>

Como dijimos, la restitución consiste en el restablecimiento de la situación que existía con anterioridad anterior al hecho ilícito (*status quo ante*).<sup>70</sup> Ella intenta revertir o anular el comportamiento que ocasionó la violación y “las reparaciones son medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas”.<sup>71</sup> En función de ese propósito, la modalidad de la restitución dependerá del tipo de infracción. Puede incluir tanto aspectos *materiales* —liberación o regreso de personas o entrega de bienes— como *legales* —anulación o modificación de actos jurídicos—, así como combinaciones de todo tipo de medidas, en tanto sean necesarias para volver las cosas al estado anterior a la transgresión.<sup>72</sup> La restitución legal

<sup>67</sup> Corte IDH, *Garrido y Baigorria*, cit., parr. 43; *Velásquez Rodríguez*, cit., párr. 31.

<sup>68</sup> Antoine Buyse, “Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law”, *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 68, 2008.

<sup>69</sup> Corte IDH, *Castillo Páez vs. Perú*, 27 de noviembre de 1998, párr. 48.

<sup>70</sup> Corte IDH, *Ivcher Bronstein vs. Perú*, cit., párr. 178; *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de enero de 2001, párr. 119; *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, cit., párr. 202; *Granier y otros vs. Venezuela*, cit., párr. 361.

<sup>71</sup> Corte IDH, *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, cit., párr. 205; *Goi-burú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, 22 de septiembre de 2006, párr. 143.

<sup>72</sup> Por ejemplo, el órgano judicial internacional puede ordenar la anulación de una decisión adoptada por una autoridad nacional del Estado responsable, incluso si se trata de sentencias judiciales. Véase, CDI, *Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros. La reparación del daño*, Sexto informe de F. V. García Amador, Relator Especial, A/CN.4/134 y Add.I, 26 de enero de 1961, párrs. 67 y 68; CIJ, *LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos)*, 27 de junio de 2001, párr. 125; *Avena (México vs. Estados Unidos)*, 31 de marzo de 2004, párr. 140; en materia arbitral, *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company vs. República de Ecuador (II)*, Caso PCA núm. 2009-23, Segundo Laudo

se caracteriza, así, por la modificación de una situación jurídica a través de la anulación, derogación o revocación del acto ilegal, sea éste constituyente, legislativo, administrativo o judicial.

La traslación de esos conceptos al caso del FMI arroja la siguiente composición: una vez declarada la responsabilidad internacional por violación a la Convención Americana, la reparación exigible en el caso del préstamo del FMI es la *restitución* —volver el tiempo atrás— mediante la declaración de invalidez de las prácticas estatales que condujeron a su celebración y la consiguiente *anulación* del acuerdo de préstamo.<sup>73</sup>

Las consecuencias patrimoniales de esa anulación respecto de las partes del convenio deberán ser gestionadas, ya por fuera del plano contractual,<sup>74</sup> a través de dos principios generales del

---

Parcial (Track II), 30 de agosto de 2018; *BP Exploration Company (Libya) Limited vs. Government of Libya*, 1974; *Texaco and Calasiatic vs. Government of Libya*, 1977. En el *leading case Martini*, el tribunal arbitral sostuvo (respecto de una sentencia de la Corte Federal y de Casación de Venezuela) que “las partes del fallo de 4 de diciembre de 1905 que son manifiestamente injustas imponen a la Casa Martini ciertas obligaciones de pago. Esas obligaciones deben ser anuladas, a título de reparación”.

<sup>73</sup> Corte IDH, *Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. 11 de marzo 2005, párrs. 91, 93 y 94; *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas, 15 de septiembre de 2005, párr. 87; *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, cit., párr. 122; *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de mayo de 1999, Punto Resolutivo núm. 13; *Cesti Hurtado vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, 29 de enero de 2000, párr. 3; *Barrios Altos vs. Perú*, cit., párr. 44; *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, Fondo Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2004, párr. 239; *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, cit., párr. 195; *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, párr. 147; *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, cit., párr. 195; *Kimel vs. Argentina*, cit., párr. 123; *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, 26 de mayo de 2001, Punto Resolutivo núm. 5; *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, cit., párr. 212; *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, cit., párr. 203; *Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones, 27 de noviembre de 1998, párr. 122; *Cantos vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2002, párr. 70; *Suárez Rosero vs. Ecuador*. Reparaciones, 20 de enero de 1999, párr. 76; *Cantoral Benavides vs. Perú*. Reparaciones y Costas, 3 de diciembre de 2001, Punto Resolutivo núm. 4; *Tristán Donoso vs. Ecuador*, cit., Punto Resolutivo N° 14; *Palamara Iribarne vs. Chile*, cit., párr. 253, *Fontevicchia y D’amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. 29 de noviembre de 2011, Punto Resolutivo núm. 2.

<sup>74</sup> De conformidad con la regla *ultra vires*, la imputación de responsabilidad al Estado rige a nivel internacional aun en el caso de asunción de compromisos en exceso de las competencias

derecho: a) La debida diligencia del prestamista en la celebración del acuerdo y su incidencia sobre la entidad de las pérdidas financieras que debería absorber aquella parte,<sup>75</sup> lo cual tiene obviamente repercusión sobre sí y qué tipo de tasa de interés compensatorio podría aspirar a percibir como precio por los fondos desembolsados en el marco de un contrato de préstamo luego anulado, y; b) La prohibición del enriquecimiento sin causa por parte del Estado argentino y del FMI. Deberá sumarse a ello el establecimiento de garantías de no repetición

---

internas. Esa máxima se encuentra receptada en el art. 7 del Proyecto de la CDI, conforme el cual “el comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, *aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones*”. Básicamente, cuando una persona actúa en nombre del Estado y excede, al hacerlo, los límites de su competencia según el derecho nacional o transgrede las instrucciones dictadas por sus superiores, ello no impide que actúe —aunque indebidamente— dentro de la esfera del desempeño de sus funciones. Siendo ello así, el Estado no puede liberarse de responsabilidad aduciendo que, según las disposiciones de su sistema jurídico, esos actos u omisiones no hubieran debido ser cometidos. Desde el punto de vista internacional, son actos u omisiones del Estado. Este último debe considerarlos suyos y soportar las consecuencias (CDI, *El hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente de responsabilidad internacional (continuación)*, Cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados elaborado por el Sr. Roberto Ago, Relator Especial, 30 de junio de 1972 y 9 de abril de 1973, A/CN.4/264 y Add.1., párr. 54). Ahora bien, que el obrar sea imputable al Estado solo significa que este no puede desconocerlo como propio, pero ese dato nada predica de su validez. Si la actuación gubernamental fue violatoria de la Convención Americana, ella constituye un hecho ilícito internacional. El hecho internacionalmente ilícito es definido por el art. 2 del Proyecto de la CDI como todo comportamiento consistente en una acción u omisión que sea atribuible al Estado según el derecho internacional y constituya una violación de una obligación internacional del Estado. La figura presupone, entonces, un obrar imputable al Estado y una incompatibilidad con sus obligaciones internacionales, es decir, la imputabilidad y la antijuridicidad. No se requiere, a menos que la norma primaria sí lo haga, un factor de atribución subjetivo, como el dolo o la culpa para determinar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito. Eso dependerá de cada regulación, que puede requerir desde la “debida diligencia” hasta la responsabilidad objetiva (Crawford, James, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002).

<sup>75</sup> Véase, Bohoslavsky, Juan Pablo, “Lending and Sovereign Insolvency: A Fair and Efficient Criterion to Distribute Losses among Creditors”, 2 *Goettingen Journal of International Law* 1, 2010, 387-412. Del mismo autor, *Créditos Abusivos. Sobreendeudamiento de Estados, empresas y consumidores*, (Abaco, Buenos Aires, 2009).

que impidan la posibilidad de un nuevo endeudamiento futuro sin previo resguardo de los pasos legales.

#### **IV. Conclusiones**

El modo en que el Estado argentino negoció y celebró el acuerdo de préstamo con el FMI en 2018 involucró infracciones formales que poseen proyecciones convencionales. En primer lugar, bajo los tratados de derechos humanos, la sujeción del Estado a sus propias leyes (compatibles con esos pactos) constituye una obligación internacional que trasciende la esfera doméstica, por lo que las actuaciones estatales que infringen el ordenamiento interno engendran responsabilidad internacional (regional en este artículo). Los defectos competenciales y procedimentales del acuerdo con el FMI evidencian una transgresión en este punto.

En segundo término, la adopción de una decisión de impacto intergeneracional sin habilitar previamente canales mínimos de divulgación y debate de la cuestión dan cuenta de una afectación a la garantía de participación ciudadana, que no solo se encuentra consagrada por el art. 23 de la Convención Americana, sino que resulta especialmente exigible ante medidas que pueden tener un efecto significativo en el disfrute de los DESCAs. Por último, las modalidades utilizadas para consumar la medida dan cuenta de una violación a la garantía acceso a la información pública, protegida en el art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica.

Esa sumatoria de violaciones a la Convención Americana determina el surgimiento de responsabilidad del Estado por incumplimiento a sus obligaciones bajo el tratado. El modo de reparar ese hecho ilícito internacional es la anulación del acuerdo con el organismo financiero y la recomposición de los derechos de los contratantes a partir del juzgamiento de la debida diligencia del FMI y la prohibición del enriquecimiento sin causa tanto del prestatario como del prestamista.