

## Capítulo XXII

### HACIA LA UNIDAD DEL ORDEN JURÍDICO MUNDIAL<sup>1</sup>

#### 1. Introducción

Es complejo hablar de prospectiva cuando ya es difícil imaginar el presente:<sup>2</sup> Pero tenemos una guía con raíces en el pasado inmediato y también en el más lejano en la historia, donde podemos encontrar los hilos con los cuales aventurar la conjetura con la cual se denomina este trabajo.<sup>3</sup>

En otras palabras, cualesquiera sean los acontecimientos que nos toque vivir en los próximos años, la tendencia de progresivo crecimiento de un orden jurídico

<sup>1</sup> Este trabajo reconoce dos versiones previas de igual título en *RPA* 2009-1: 47-87, y *III Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, Monterrey, México, 2009, en prensa; también “Access to Justice, Legal Certainty, Justice, Economic Rationality,” París, 2008, en AA.VV., *Values in Global Administrative Law*, homenaje a GÉRARD TIMSIT y SPYRIDON FLOGAITIS, en prensa; “Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina,” en el libro de homenaje a ALFONSO NAVA NEGRETE, México, 2009, en prensa; “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, Buenos Aires, Rap, 2009, pp. 603-17; e *infra*, nota 5. Agradezco la información, ideas y sugerencias de NICOLÁS DIANA, ORLANDO PULVIRENTI, FEDERICO THEA, LUIS CARELLO, DANIELA ALETTI, JOSÉ ESTEBAN BOGUT SALCEDO, MARÍA EVA MILJIKER, ISAAC AUGUSTO DAMSKY, AGUSTÍN GARCÍA SANZ, MIRIAM IVANEGA, DANIEL A. PRIERI BELMONTE, PABLO FERNÁNDEZ LAMELA y otros.

<sup>2</sup> Mientras tanto siguen sus propios derroteros los conflictos mundiales: JAMES NEILSON, “Obama y la realidad del poder,” *Noticias*, 28-III-09, pp. 22-3; KRUGMAN, PAUL, *The Return of Depression Economics and the Crisis of 2008*, Nueva York, Norton, 2009, pp. 181-91.

<sup>3</sup> Ese ejercicio de indagación acerca del pasado y del presente es el seguido por BONINA, NICOLÁS y DIANA, NICOLÁS, *La deconstrucción del derecho administrativo*, Buenos Aires, Lajouane, 2009. O, como dice HUMBERTO ECO, “Futurismo no es catástrofe,” *Perfil*, 28-III-09, p. 26, lo que más le impresionó de la conmemoración del centenario del Manifiesto Futurista en arte de 1909, fue una exposición en el Palacio Real de Milán, en que “En vez de los mejores trabajos del Futurismo, la exhibición muestra lo que precedió el movimiento y a sus contemporáneos.” Allí señala que aunque los inicios fueran de menor importancia, los grandes eventos “se estaban construyendo lentamente.”

Un ejercicio a más largo plazo en nuestro libro *The Future of Latin America: Can the EU Help?* Londres, Esperia, 2003, con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS. Algo parecido, pero no igual, en las ideas de JOSÉ LUIS ROMERO acerca que “al historiador no le interesa el pasado muerto sino el que está vivo en el presente. Ese interés se ligaba a un fuerte compromiso con el futuro.” LUIS ALBERTO ROMERO, “Una historia ejemplar,” *La Nación*, supl. *Adcultura*, 4-IV-09, pp. 10-13, esp. p. 12.

global probablemente no cambie. Puede sufrir contradicciones y contramarchas, pero no un cambio sustancial de la dirección definitiva.<sup>4</sup>

## 2. ¿Definición de Derecho Administrativo como derecho interno?

El tema tiene antecedentes lejanos, y muchas aristas o enfoques posibles coetáneos.<sup>5</sup> En 1962, al definir al derecho administrativo, ya omitimos su caracterización como derecho “interno,” quitando esta última calificación que era entonces corriente en la doctrina entonces dominante.<sup>6</sup>

Es que esa vieja tradición doctrinaria no reflejaba más la nueva realidad de la notoria existencia en el mundo de múltiples organismos internacionales, regiona-

<sup>4</sup> Vinculado con el progresivo desarrollo de espacios jurídicos globales, crisis del Estado y consecuente generación de nuevas modalidades de control por organismos internacionales sobre los estados nacionales, que escapan a las tradicionales prácticas del “control público,” ampliar en DAMSKY, ISAAC AUGUSTO, “El Control Público en la internacionalización de los ordenamientos jurídicos. Parte I, Aproximación a la Crisis y transformación del control,” en CISNEROS FARIAS, GERMÁN; FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE y LÓPEZ OLVERA, MIGUEL ALEJANDRO (coords.), *Control de la Administración Pública, Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, UNAM, México, 2007.

<sup>5</sup> Podemos recordar: “G-8, UE, FMI, Argentina,” *LL*, 2002-E, 927; “Primero: crear el Banco Central Interamericano,” *LL*, 2002-F, 1453; “Por la creación de una agencia regulatoria independiente para el manejo de la deuda externa,” *LL*, 2003-E, 1495; “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091; “La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción,” *V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses*, La Plata, Asesoría General de Gobierno, 1998, pp. 101 a 119; “Tribunales administrativos internacionales,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Rap, 2006, pp. 803-806; “Restricciones normativas de los tribunales administrativos internacionales,” *LL*, 2002-F, 1540-8 y en AHE, DAFNE (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 285-98; “Statutory Limitations of International Administrative Tribunals,” en el libro *XXth Anniversary*, Inter American Development Bank, Administrative Tribunal, Washington DC, 2003; “Frenos y contrapesos en la creación del derecho en organismos internacionales. El caso de la discriminación,” *LL*, 2005-F, 1404; “The administrative Law of International Organizations: Checks and Balances in Law Making —The Case of Discrimination,” en *European Public Law Series / Bibliothèque de Droit Public Européen*, vol. LXXXIII, *Internationalisation of Public Law / L'Internationalisation du Droit Public*, Londres, Esperia, 2006, pp. 289-312; *Revue Européenne de Droit Public / European Review of Public Law*, vol. 18, No. 1, Primavera de 2006, Londres, Esperia, 2006, pp. 289-312; *International Administrative Tribunals and the Rule of Law*, World Bank Administrative Tribunal / American Society of International Law, *Joint Colloquium*, 2007, Washington, D.C.; “Decláranse insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521,” *LL*, 2003-E, 1506; “The Draft EU Constitution and the World Order,” en AA.VV., *The Constitution of the European Union / La Constitution de l'Union Européenne*, “European Public Law Series / Bibliothèque de droit public européen,” vol. LXIII, Esperia, Londres, 2003, pp. 281-294; *Revue Européenne de Droit Public / European Review of Public Law / vol. 16, n° 1*, 2004, Esperia, Londres, pp. 281-294. “La creciente internacionalización del derecho. Consecuencias en el régimen de las fuentes del ordenamiento jurídico,” en *Doctrina Pública*, 2004-XXVI-2, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 213-226; “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional,” en *XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, RAP, año XXVIII, Buenos Aires, 2005, 326: 391-400.

<sup>6</sup> *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, que mantenemos en la segunda edición de 1966 y luego desde 1974 hasta el presente, sin solución de continuidad, en todas las eds. del tomo 1 de nuestro *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General*, Buenos Aires, 10ª edición, FDA, 2009; siempre aparecen nuevas demostraciones del mismo fenómeno: BARRAGUIRRE, JORGE, “Los tratados bilaterales de inversión (TBIs) y el convenio CIADI. La evaporación del derecho administrativo doméstico?” *RPA*, 2007-3:107; NINO, EZEQUIEL, “Inversiones extranjeras en países en desarrollo: Alguien debería intervenir a nivel global?” *RPA*, 2007-3: 123.

les y también binacionales,<sup>7</sup> aunque estos últimos fueron posteriores en el caso de nuestro país.<sup>8</sup> A nuestro juicio era entonces ya evidente<sup>9</sup> el futuro evolutivo del naciente derecho administrativo internacional<sup>10</sup> y de la internacionalización de las diferentes ramas del derecho,<sup>11</sup> en un nuevo orden económico mundial,<sup>12</sup> que lleva a los autores a hablar de un derecho administrativo global, o internacional como se decía antes, o de un orden jurídico mundial, etc., acompañado de un aumento de redes mundiales de interdependencia.

<sup>7</sup> Cuando se crea una infraestructura compartida entre dos o más países, la convergencia es inevitable; lo mismo ocurrirá en materia tecnológica: GALPERÍN, HERNÁN y CABELLO, SEBASTIÁN, “Convergencia tecnológica y armonización regulatoria,” en [http://www.udesa.edu.ar/files/AdmTecySociedad/02convergencia\\_tecnologica.pdf](http://www.udesa.edu.ar/files/AdmTecySociedad/02convergencia_tecnologica.pdf)

<sup>8</sup> Salto Grande, Yaciretá, Corpus, etc: MARINO, OSCAR y REBASA, MARCOS, “La personalidad internacional de las entidades binacionales Yaciretá e Itaipú y de la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande,” INTAL, *Derecho de la integración*, Buenos Aires, noviembre de 1982. Más información en <http://www.iadb.org/intal/intalcdi/integ/tesauro.asp>; nuestros arts. “Algunos problemas jurídicos de la actuación internacional de las empresas públicas argentinas,” *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, n° 11, p. 42 y ss.; “El régimen legal de las empresas públicas en Argentina y su acción internacional,” en *El régimen legal de las empresas públicas latinoamericanas y su acción internacional*, Buenos Aires, INTAL, 1977, p. 13 y ss., etc. La doctrina y la jurisprudencia nacionales a veces proponen hacer prevalecer las normas y sentencias locales por sobre las internacionales: ARÍSTIDES H. M. CORTI, y LILIANA B. COSTANTE, “La nueva Corte impone la ley por encima de los arbitrajes,” *Ámbito Financiero*, 18-VI-04, p.14; CASÁS, JOSÉ OSVALDO, “Breves reflexiones — a raíz de una sentencia — sobre el arbitraje internacional y el orden público constitucional,” *LL, Sup. Const.* 2004 (noviembre), 25, nota a *Entidad Binacional Yaciretá c. Eriday y otros*, JNFed CA n°3; MUÑOZ, GUILLERMO A., “El Arbitraje en los Contratos Internacionales celebrados por el Estado,” *Actualidad en el Derecho Público*, n° 10, Buenos Aires, 1999, ps. 83 y ss.; CRUCHAGA, HERNÁN, “Ejecución de un laudo de tribunal extranjero,” *LL*, 2008-D, 248-52.

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ LAMELA, *op. loc. cit.*, p. 767; “Globalización y derecho público: Introducción al derecho administrativo internacional”, en CIENFUEGOS SALGADO, DAVID y LÓPEZ OLVERA, MIGUEL ALEJANDRO, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz – Derecho Administrativo*, México, UNAM, 2005, pp. 45-63, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx); *El Panel de Inspección del Banco Mundial y otros mecanismos de inspección independientes en las principales organizaciones internacionales dedicadas al desarrollo - Del Derecho Administrativo Internacional al Derecho Administrativo Global en el Global Governance*, Tesina, inédita, noviembre de 2008.

<sup>10</sup> Para algunos autores, no tan naciente: STEWART, RICHARD B., “U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?”, New York University School of Law, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, 2006, n° 13, en <http://law.duke.edu/journals/lcp> y <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=nyu/plltwp>. Anteriormente KINGSBURY, KRISCH & STEWART, “The Emergence of Global Administrative Law,” 68 *Law & Contemporary Problems*, 2005, 15; BENEDICT KINGSBURY, NICO KRISCH y RICARDO B. STEWART, “El surgimiento del Derecho Administrativo Global,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2007-3: 25-74; AMAN JR., ALFRED C., *Administrative Law in a Global Area*, Nueva York, Ithaca, Cornell University Press, 1992. Hay allí y también en otras publicaciones contemporáneas variadas disquisiciones semánticas en torno al empleo de *internacional, global, mundial*, etc., que preferimos evitar, por lo expuesto en el t. 1, *op. cit.*, cap. I, “El método en el derecho administrativo.”

<sup>11</sup> Cabe mencionar las normas relativas al comercio internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho del Comercio Internacional, UNCITRAL o CUNDMI; la labor de los organismos internacionales de crédito, OOI, para unificar o armonizar sus normas en la ayuda para el desarrollo (en 2005 el BID y el BIRF armonizaron sus normas sobre adquisiciones) con el objetivo final de que las normas internas de los países receptores de crédito internacional en materias financieras, de contratación, etc., respondan a similares lineamientos.

<sup>12</sup> GÉRARD TIMSIT (coord.), *Le nouvel ordre économique international et l'administration publique*, Aire-sur-la Lys, Instituto Internacional de Ciencias Administrativas y UNESCO, 1983.

No tenemos objeción en utilizar indistintamente sea el término internacional, mundial, o global, pero algunas aclaraciones semánticas se imponen, sobre todo cuando uno de esos términos, global, se utiliza también en sentido peyorativo para atacar algo a lo que se refiere muy nebulosamente como la globalización, pero que en verdad comprende diversos fenómenos no necesariamente iguales.

Pues cabe distinguir entre: *a)* el recalentamiento y cambio climático universal, que presenta características diversas en cada región del globo terráqueo; *b)* las amenazas a la salud mundial con las pandemias que se esparcen por todo el mundo, como el SIDA, la gripe española de 1918 o la actual gripe porcino/aviar/humana, siempre con nuevas cepas y diferente impacto espacial;<sup>13</sup> *c)* la internacionalización de la información, en que virtualmente desde cualquier país del mundo, pero no de todos, se puede acceder a la misma información en Internet; *d)* la internacionalización de algunos conflictos armados puntuales que parte de la comunidad internacional decide enfrentar en forma mancomunada, como es el caso de Afganistán, el Golfo de Aden y las costas de Somalía en el caso de la piratería internacional, con características peculiares en cada lugar; *e)* los organismos internacionales o regionales de seguridad y defensa, p. ej. la NATO; *f)* los organismos financieros globales (FMI, BM, etc.) y los regionales (Banco Interamericano de Desarrollo, Banco Asiático de Desarrollo, etc.); *g)* las múltiples redes de países de distinto tamaño, desde el G-7, G-8, el BRIC, el +5, el G-20, etc.; *h)* las redes formales e informales de órganos, entes y países, como así también de entidades privadas.

Todos ellos tienen significación distinta, diferentes tamaños de las economías que los integran, con superposición geográfica y de miembros parcial o baja, según los casos. Son demasiadas redes y organizaciones interconectadas para fines diversos, demasiados gráficos superpuestos diversamente, que resulta difícil describirlas a todas con una simple elección semántica: Son muchas y muy distintas redes. Hay tantas diferencias fácticas que no parece ser apropiado hacer una defensa o ataque conjunto. Además, debemos definir que nos estamos refiriendo a un futuro derecho que todavía están contemplando pocos países en el mundo, no los *rogue states*, *failed states* y en general los estados que no logran alcanzar un tolerable nivel de *rule of Law* o Estado de Derecho.<sup>14</sup> Sobre el total de países representados en las Naciones Unidas demasiadas naciones no acatan esos principios, como se comprueba con la reciente adhesión al presidente de Sudán Al Bashir por la Liga de Países Árabes, a la que se sumaron al menos cuatro países sudamericanos, en la “II Cumbre de América del Sur y los Países

<sup>13</sup> Se ha dicho que esta es la forma más antigua de globalización, remontándose a la epidemia de viruela nacida en Egipto 3.500 años A.C.: JOSEPH S. NYE, “Which globalization will survive?” *The Buenos Aires Herald*, 12-IV-09, p. 10. El punto de vista central del autor citado es que si no se resiste a la tendencia al proteccionismo para luchar contra la globalización, podremos quedarnos solo con las peores formas de ésta, que no es la globalización económica.

<sup>14</sup> Es la misma aclaración que hicieramos en “Access to Justice...”, *op. loc. cit.*

Árabes (ASPA),” todos en oposición a su orden de captura emitida por la Corte Penal Internacional, a la que por nuestra parte nos hemos sometido como país pero cuyas decisiones de tal modo cuestionamos, como otros países presentes en dicho encuentro. Cualquiera sea la elección semántica, es un fenómeno que lo hemos señalado hace casi medio siglo y que siempre tuvo repercusiones en la actuación internacional del país, por ejemplo con el antiguo y recurrente tema del pago de la deuda externa.<sup>15</sup> Esta disparidad entre su advertencia y la toma de conciencia colectiva muestra cuánto le cuesta a la sociedad adaptarse a reconocer los cambios que se van produciendo en el mundo, a pesar de ingentes esfuerzos de divulgación en tal sentido.<sup>16</sup> Pero no hay duda que a nivel dogmático la respuesta ya no puede ser el orden jurídico interno, pues como señala PÉREZ HUALDE: “Los valores y principios supra estatales [...] constituyen un marco de acatamiento que se impone sobre los textos fundamentales y compromete a los estados particulares.”<sup>17</sup> La cuestión no está pues en elegir palabras sino en mostrar la creciente internacionalización, globalización, mundialización, etc., de fenómenos jurídicos de tendencia universalista y entonces formular nuestro juicio a propósito de cada uno de ellos y recién después, eventualmente, arribar a conclusiones.

### 3. *¿La muerte del Estado?*

En 1966 ATALIBA NOGUEIRA dictó su clase de despedida como profesor titular de derecho político en San Pablo. La llamó *O perecimento do Estado*, la muerte del Estado,<sup>18</sup> lo cual era una forma de llamar la atención sobre el creciente nacimiento de organismos supranacionales e internacionales, entre otros fenómenos internacionalistas del derecho. Quizás un símbolo atrayente del significado de esa cosmovisión de ATALIBA NOGUEIRA sea hoy la frase de Barack Obama al referirse

<sup>15</sup> Nuestro art. “El contrato de crédito externo,” en *Después de la reforma del Estado*, op. loc. cit. Ver y comp. ZUPPI, ALBERTO, *La noción de soberanía en el nuevo orden internacional*, ED, t. 151, ps. 781 y ss.; *La inmunidad soberana de los Estados y la emisión de deuda pública*, LL, 1992-D, 1118.

<sup>16</sup> Ver las referencias de la nota 5.

<sup>17</sup> PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “La crisis mundial y el derecho público (el Estado, otra vez, protagonista),” LL, *Supl. Adm.*, 7 de mayo de 2009, pp. 6-23, esp. § VI, p. 10 y ss.

<sup>18</sup> ATALIBA NOGUEIRA, *O perecimento do estado*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1971, pp. 24-5, *Lições de teoria geral do Estado*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1969, pp. 46-67. Retoma la idea, desde otro ángulo, BACACORZO, GUSTAVO, *Tratado de derecho administrativo*, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2000, 4ª ed., cap. 15, “Hacia la desaparición del Estado [...]” Ver también CASSESE, SABINO, *La Crisis del Estado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003; *Oltre lo Stato*, Roma, Laterza, 2006, pp. 8-13: “El orden jurídico global es [...] un nivel superior al Estado;” “un *multinivel* [...] en no hay una autoridad superior ni tampoco se verifica la jerarquía:” es el “*transnacionalismo* [...] largamente fundado sobre la cooperación al nivel interestatal y al nivel global [...]. La cooperación [...], elemento esencial del sistema global. Esta produce un sistema horizontal [...]” Agradezco a ISSAC AUGUSTO DAMSKY la información y la sugerencia de este punto. En todo caso, la horizontalidad que sugiere CASSESE existe en algunos casos claros, como China, EE.UU., Rusia, Japón, pero luego se va transformando en una ligera relación de mayor a menor y existen supuestos de estados que no les queda otra relación posible que la subordinación o el aislamiento. La horizontalidad perfecta difícilmente haya existido nunca, pero no hace sino reproducir a nivel internacional los esquemas de las propias realidades nacionales.

a “una de las cosas más maravillosas que tenemos,” “una estación espacial internacional. Sé que tenemos socios rusos y japoneses a bordo. Este es un esquema de cooperación que podemos aplicar también en la Tierra.”<sup>19</sup>

#### 4. *La Convención Americana de Derechos Humanos y su tribunal supranacional.*

Además de otros elementos en ese sentido, en nuestro país fue un gran avance la ratificación en 1984 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos con un tribunal supranacional en San José de Costa Rica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal superior a los del derecho interno aunque no sea propiamente una cuarta instancia.

Ello nos llevó en 1990 a señalar la existencia de un derecho supranacional y supraconstitucional de los derechos humanos<sup>20</sup> y la CSJN<sup>21</sup> declaró poco más tarde que tales tratados eran obligatorios para nosotros tal como los interpretaban y ejecutaban sus órganos naturales de aplicación.<sup>22</sup>

Es la regla universal que los tratados nos obligan en los términos que los interpretan sus órganos naturales de aplicación. Como país tenemos interpretaciones de los tratados que son divergentes de las que expresan sus tribunales de aplicación natural: Pero parece ingenuo creer que podremos hacer prevalecer nuestra opinión por sobre la autoridad natural de aplicación del tratado. No podemos hacer libre interpretación nacional de los tratados internacionales,<sup>23</sup> y eso no se aplica solamente en materia de tratados de derechos humanos, sino que es extensivo a todo tipo de tratados que cuenten con órganos naturales de aplicación.

<sup>19</sup> Según lo expresó a los cosmonautas antes de retornar, *Clarín*, 25-III-09, p. 239, “Discovery, fin de la misión.” Lo importante es que es un caso de colaboración institucional, tecnológica y económica, en que sólo se hace gala del trabajo compartido, sin que el emprendimiento colectivo tenga ninguna denominación distintiva, ni haya un tratado de por medio, ni siquiera normas jurídicas internacionales que se conozcan. Todos simplemente coincidieron en que era necesaria la cooperación. No hizo falta más, y ningún país tiene el liderazgo exclusivo, ni siquiera tecnológico, en la estación espacial internacional. Un mayor desarrollo de esta temática, en general, en FERNÁNDEZ LAMELA, PABLO, “El impacto de las redes transgubernamentales en la evolución del derecho administrativo internacional,” *LL*, 2009-A, 761, p. 770, § VI.

<sup>20</sup> Nuestro art. “La supraconstitucionalidad y supranacionalidad operativa de los derechos humanos,” en *La Ley Actualidad*, 17 de abril de 1990, y en la primera edición de *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1990, mantenido en sucesivas ediciones hasta llegar a la 6ª en conjunto con GREGORIO FLAX y otros, Buenos Aires, FDA, 2007.

<sup>21</sup> En 1992 la CSJN inició otro importante camino, que continúa desarrollando, de reconocimiento del orden supranacional en el derecho interno: *Ekmekdjian*, 1992; *Fibraca*, 1993; *Hagelin*, 1993; *Giroldi*, 1995; *Arce*, 1997; *Petric*, 1998; *Dotti*, 1998; *Arancibia Clavel*, 2005; *Simón*, 2005, etc. Con todo, han existido también retrocesos.

<sup>22</sup> *LL*, 1995-D, 277, GIROLDI.

<sup>23</sup> La fuerza expansiva del orden público supranacional es verificable en el desarrollo progresivo de ámbitos de indisponibilidad para el legislador y juzgador local: DAMSKY, ISAAC AUGUSTO, “La construcción del derecho a la salud en Argentina a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos,” en CIENFUEGOS SALGADO, DAVID (coord.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano*, UNAM, México, 2006.

El carácter internacional de los derechos humanos es hoy indubitable,<sup>24</sup> pero es apenas un dato más de una realidad jurídica universal bastante mayor. Así como el control de constitucionalidad debe hacerse de oficio por todos los jueces, lo hayan pedido o no las partes, lo mismo ocurre con lo que se da en llamar el control de convencionalidad, esto es, la adecuación del caso a los tratados internacionales.<sup>25</sup> Nuestro gobierno, en los casos ocurrentes, asume la tendencia a negociar aceptando la responsabilidad internacional pero sometiendo a un tribunal arbitral la determinación del monto indemnizatorio que corresponda “de acuerdo a los estándares internacionales que sean aplicables.”<sup>26</sup> Ese es el texto del Decreto-acuerdo en el caso *Santillán*, sometido a la ratificación de la Comisión IDH. La supraordenación de los *principios* y los *órganos* internacionales es doblemente expresa y correcta. Hay otros antecedentes igualmente importantes.<sup>27</sup>

### 5. *El derecho a un ambiente sano*

Tal como lo adelantamos en 1990,<sup>28</sup> hay derecho a un ambiente sano<sup>29</sup> a tenor de las normas del Pacto de San José de Costa Rica.<sup>30</sup> Ahora también lo reconoce el texto constitucional en el art. 41, pero no debemos equivocarnos en no reconocer la prioridad de la norma supranacional por sobre la norma nacional, aún de índole

<sup>24</sup> HITTERS, JUAN CARLOS, *Derecho internacional de los derechos humanos*, EDIAR, Buenos Aires, 1991; LILICH, RICHARD B., y NEWMAN, FRANK C., *International Human Rights*, Little, Brown and Co., Boston, 1979; BUERGENTHAL, THOMAS, *International Human Rights*, West, St. Paul, Minnesota, 1988, y sus referencias; GROS ESPIELL, HÉCTOR, *Estudios sobre derechos humanos II*, Civitas, Madrid, 1988, ps. 299 y ss., esp. 312. Lo expuesto es una regla general que no empee a la existencia de miles de normas internacionales de diverso contenido: BARBERIS, JULIO A., *Formación del derecho internacional*, Ábaco, Buenos Aires, 1994, pp. 19-65. Se verifica así el desarrollo progresivo de ámbitos de indisponibilidad para el legislador y juzgador local: DAMSKY, ISAAC AUGUSTO, “La construcción del derecho a la salud en Argentina a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos”, en CIENFUEGOS SALGADO, DAVID (coord.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano*, UNAM, México, 2006.

<sup>25</sup> GIALDINO, ROLANDO E., “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aporte del derecho internacional de los derechos humanos,” *LL*, 2008-C, 1295-1306; MARANIELLO, PATRICIO ALEJANDRO, *Declaración de inconstitucionalidad de oficio*, Buenos Aires, Librería del Jurista, 2008; HITTERS, JUAN CARLOS, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y de convencionalidad,” *LL*, 2008-E, 1169-85, quien concluye en la aplicación *erga omnes* de tales pronunciamientos.

<sup>26</sup> Acuerdo celebrado por el caso *Santillán*, art. II, a) 1) *in fine*, aprobado a nivel nacional por decr. 171/09, B.O. 16-III-09, pp. 3 a 5, sujeto expresamente a su aprobación, aquí llamada ratificación, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Como se advertirá de su atenta lectura, *es clara la aceptación de la prioridad del orden jurídico y las autoridades internacionales, por sobre las normas y autoridades locales*. Hay otros casos en trámite con parecido pronóstico.

<sup>27</sup> *Birt*, *Verbitsky*, *Maqueda*, etc. La “solución amistosa” se halla prevista en el art. 48, inc. 1º, apartado A, del Pacto y en el art. 45 del reglamento. Para más detalles del segundo caso ver VERBITSKY, HORACIO, *Un mundo sin periodistas*, Buenos Aires, Planeta, 1997, pp. 232-41.

<sup>28</sup> GORDILLO-FLAX y otros, *Derechos humanos*, Buenos Aires, FDA, 6ª ed., 2006, cap. XII, “El derecho a la salud y el medio ambiente.”

<sup>29</sup> Ver MILLER, JONATHAN M.; GELLI, MARÍA ANGÉLICA y CAYUSO, SUSANA, *Constitución y derechos humanos*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1991, *op. cit.*, p. 318 y ss.

<sup>30</sup> Ver el cuestionario a “Derechos no enumerados: el caso de la salud y el medio ambiente,” en MILLER, GELLI y CAYUSO, *Constitución y derechos humanos*, *op. cit.*, p. 182 y ss.

constitucional. En todo caso, ayuda desde luego tener la definición constitucional. Si bien la cláusula es operativa, ha sido reglamentada por diversas leyes nacionales y locales, no siempre cumplidas,<sup>31</sup> sin perjuicio que en todo caso las normas locales pueden ser más exigentes. La CSJN decidió tomar intervención ante el poco avance en el cumplimiento de la norma ambiental, como es el caso de la ley 26.128 para saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo, a través del fallo *Mendoza* de 2006.<sup>32</sup> Pareciera también que las crecientes noticias sobre el progresivo deterioro del ambiente mundial (recalentamiento global, deshielos en ambos polos, etc.) no harán sino incrementar la presión hacia normas y valores universales en materia ambiental.<sup>33</sup> El gran obstáculo, por el momento, lo constituyen economías grandes como China y EE.UU., entre otros, por no haber suscripto o no haber ratificado el tratado de Kyoto, aunque ahora se encuentran embarcados en un programa unilateral de reducción de gases a la atmósfera.<sup>34</sup> A nivel interno estamos adoptando, también unilateralmente, las directivas europeas en materia de contaminación ambiental proveniente de automotores,<sup>35</sup>

<sup>31</sup> Por res. 39/07 del Defensor del Pueblo de la Nación, incumplida, se recomendó a la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación que expida las instrucciones necesarias para la inmediata reglamentación de las leyes 25.675, de política ambiental nacional; 25.612, de gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios; 25.670, de gestión ambiental de aguas, etc.

<sup>32</sup> CSJN, *Fallos*, 329:2316, *Mendoza*, sentencia de efectos *erga omnes* del 20 de junio de 2006 sobre la reparación del daño ambiental provocado por la cuenca del río Matanza – Riachuelo. Ver, entre otros, GÜIDI, GRACIELA, “Responsabilidad ambiental del Estado” y SABSAY, DANIEL ALBERTO, “Responsabilidad por daño colectivo,” ambos en UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Responsabilidad del Estado, Jornada de Homenaje a la Profesora Titular Consulta Dra. María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 551-566 y pp. 567-576, respectivamente; SBDAR, CLAUDIA B., “Proceso colectivo ambiental,” *LL*, 2009-A, 922; CAFFERATA, NÉSTOR, “Perspectivas del derecho ambiental en Argentina,” en [www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/perspectivas\\_derecho\\_ambiental\\_en\\_argentina.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/perspectivas_derecho_ambiental_en_argentina.pdf); del mismo autor, “El aporte del derecho penal a la protección ambiental,” *JA*, 1993-1-228; etc. Ver también el sitio [www.acumar.gov.ar](http://www.acumar.gov.ar) La CSJN ordenó a la autoridad de la cuenca informar por Internet el estado de avance, designando órgano judicial de ejecución de la sentencia de la Corte al juez federal de primera instancia del lugar. Este avance normativo en el uso de Internet es comentado por GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., “La publicidad de las normas a través de Internet como estándar mínimo para que sean exigibles,” *Res Publica Argentina* 2008-1.

<sup>33</sup> Ver los antecedentes que relata FERNÁNDEZ LAMELA, *op. loc. cit.*, p. 775.

<sup>34</sup> “China: solar subsidy chases cleantech jobs,” *The Buenos Aires Herald*, 30-III-09, p. 7. EE.UU. ha encarado, bajo la presidencia de Obama, un ambicioso programa de reducción de la emisión de gases a la atmósfera, al igual que lo sugiere el G-20 de Londres en 2009.

<sup>35</sup> Res. 35/09 de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, *B.O.* 23-III-09, p. 13. Hay críticas: *El cronista*, 24-III-09, p. 9, “Denuncian al Estado por el Riachuelo;” *Clarín*, 24-III-09, p. 34, “A 9 meses del fallo de la Corte, dicen que no limpian el Riachuelo,” citando la opinión del Defensor del Pueblo de la Nación, el CELS, la FARN, Greenpeace y otras entidades no gubernamentales. Con todo, el juez federal declaró que “esta obra es faraónica, vastísima, y necesita tiempo. Todavía no hace un año que se comenzó con el plan. Como juez quiero velar porque el Riachuelo se limpie realmente en vez de pedir imposibles.” Uno de los problemas es que la autoridad interjurisdiccional de la cuenca, ACUMAR, en lugar de comportarse como un ente interjurisdiccional al igual que el CEAMSE, el Mercado Central, YMAD, etc., se maneja como un ente de la administración nacional. Si bien el actual Secretario de Estado es un reconocido especialista en derecho administrativo y el subsecretario es la máxima autoridad nacional en derecho ambiental, el tener que manejarse con las normas de la administración central ciertamente conspira contra la mejor eficiencia de ACUMAR. Es de esperar que puedan cambiarlo.



así como también se ha generalizado la prohibición de fumar en público, con cumplimiento y aceptación social.

Con todo, hay situaciones complejas. Así la producción de combustibles a partir de los productos del agro disminuye la dependencia del petróleo pero aumenta el precio de los alimentos,<sup>36</sup> con lo cual se mejora el ambiente pero se deteriora la lucha contra el hambre. Para países como Brasil, Estados Unidos, o los de la Comunidad Europea, ello puede parecer una cuestión de seguridad y hasta de supervivencia nacional; para los países principalmente importadores de alimentos puede parecer, en cambio, un perjuicio al ambiente y más aún, una amenaza a su propia existencia.<sup>37</sup>

Por eso es que la búsqueda de nuevas alternativas al consumo de combustibles fósiles debe evitar producir otros daños al ambiente, lo que lleva a dar preferencia a la energía eólica y otras formas alternativas de energía que no presenten ese doble problema. La Provincia de La Rioja ha dado un gran paso en esa dirección al contratar la construcción de un importante parque eólico con el cual se espera progresivamente abastecer a toda la Provincia y ofrecer un excedente al mercado eléctrico.<sup>38</sup> Es un ejemplo a imitar.

A nivel de fijación de objetivos, el G-20 de abril de 2009 en Londres se pronunció<sup>39</sup> por hacer una transición hacia tecnologías e infraestructuras limpias, innovativas, eficaces en el uso de recursos y de baja emisión de carbón a la atmósfera, y tratar de lograr un acuerdo acerca de la amenaza del cambio climático irreversible, en la conferencia de Naciones Unidas para el Cambio Climático a realizarse en Copenhage en diciembre de 2009.<sup>40</sup>

También se adoptaron decisiones de mucha importancia en otros ámbitos, tales como rechazar al proteccionismo<sup>41</sup> y aumentar la fortaleza del FMI, cuyo titular

<sup>36</sup>“The new face of hunger. Global food shortages have taken everyone by surprise. What is to be done?” *The Economist*, 19-IV-08, pp.30-32; C. PÉREZ / C.DELGADO, “El biocombustible se quema,” *El País*, 11-V-08, sección *Negocios*, p. 4. No todos piensan lo mismo: MICHEL LEWIS, “Los alimentos suben sin biodiésel,” *El País*, 11-V-08, sección *Negocios*, p. 7.

<sup>37</sup>Ver DAVID ADAM, “World carbon dioxide levels highest for 650.000 years, says US report,” *The Guardian*, 13-V-08, p. 11.

<sup>38</sup>El proyecto es para la entrega llave en mano, operación y mantenimiento de un parque eólico y además permitió a IMPSA Wind reabrir una fábrica paralizada hace más de diez años en Mendoza, ahora dedicada exclusivamente a la fabricación de equipos eólicos. Brasil, como siempre, nos lleva ventaja pues allí la mima empresa tiene una planta con capacidad para fabricar *200 equipos por año*, en tanto que el proyecto total para La Rioja llegará dentro de varios años, en su máxima expresión proyectada, solamente a *150 equipos en total* y aún así será la mas grande de nuestro país, todo ello según informa SANGUINETTI, ANDRÉS, “Pescarmona regresa a la obra pública,” *El cronista*, 24-III-09, p. 17. El gobierno de Barack Obama también planea un importante desarrollo de plantas eólicas en EE.UU.

<sup>39</sup>PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “La crisis mundial y el derecho publico (el Estado, otra vez, protagonista),” *op. cit.*, § III, A) realiza un análisis más completo de lo acordado por el G-20 en Londres.

<sup>40</sup>“Excerpts from the G-20 communiqué,” *The Buenos Aires Herald*, 2-IV-09, pp. 6 y 11.

<sup>41</sup>LAZCANO, MARCELO RAMÓN, “Globalización y proteccionismo a la carta,” *LL*, 14-IV-09, *Supl. Actualidad*, p. 2, señala que se trata de evitar la desintegración que hace medio siglo denunció GUNNAR MYRDAL; ahora se reacciona contra un “debilitamiento del proceso de globalización que si fue sobre todo financiero y cultural, ahora muestra el rostro de un camuflado proteccionismo comercial.”

ha calificado prospectivamente al G-20 como el “cuerpo político de gobernabilidad de la globalización.”<sup>42</sup> Un comentarista ha dicho, en forma similar, que “El G-20 no es un acontecimiento, sino un proceso: La constitución de una plataforma política de gobernabilidad global.”<sup>43</sup>

Por cierto, sus fuerzas internas son harto dinámicas. En esa reunión de 2009<sup>44</sup> “El universo anglosajón enfrenta a una Unión Europea ostensiblemente liderada por Alemania y Francia,” en tanto que “Japón y Rusia parecen observadores antes que actores importantes. Empero, juegan el partido desde el lado de la política.” “China, por su parte, desafía sin retórica el liderazgo del dólar,” aunque con EE.UU “en los últimos años han erigido una relación que excede la estrechez de la economía.” Los países emergentes “subrayan incomodidades sin llegar a patear el tablero.” Y Brasil parece “convertido en [...] referente sudamericano para los EE.UU.,” junto a México y Chile, pero no ya nosotros.

#### 6. *La incorporación al texto constitucional de 1994 de todas las convenciones internacionales de derechos humanos.*

Aquel *crescendo* en el derecho internacional de los derechos humanos se potenció en la Argentina con la Constitución de 1994, que incorporó las convenciones internacionales de derechos humanos, fenómeno que continúa en expansión.<sup>45</sup>

#### 7. *Derecho privado*

Lo mismo ocurre en el derecho privado, aunque no habremos de tratarlo aquí.<sup>46</sup>

#### 8. *Organizaciones no gubernamentales*

A su vez, se ha ido generalizando el accionar de organizaciones no gubernamentales de alcance global, como *Greenpeace*, *WWF*, *Transparency International*, *Amnesty International*, *Médecins sans Frontières*, *Consumers International*, *Cáritas*, *Care*, la fundante Cruz Roja Internacional, etc.<sup>47</sup>

<sup>42</sup> Lo habría dicho DOMINIQUE STRAUSS-KAHN, a estar a JORGE CASTRO, “G-20: recuperar la confianza,” *Clarín*, 5-IV-09, p. 24

<sup>43</sup> JORGE CASTRO, “G-20: Recuperar la confianza,” *Clarín*, 5-IV-09, p. 24.

<sup>44</sup> Las transcripciones que siguen en el texto pertenecen a LAZCANO, “Globalización y proteccionismo a la carta,” *op. loc. cit.*

<sup>45</sup> Un análisis acerca de de los derechos fundamentales y en particular de los derechos sociales, en IVANEGA, MIRIAM MABEL, “Derechos fundamentales: Contenido y límite de los denominados ‘derechos sociales’,” en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito*, Uruguay, FCU, 2008, p.112/138.

<sup>46</sup> Ver ALTERINI, Atilio Anibal, “Derecho internacional de los contratos,” *LL*, 2009-A, 671; ver también “Opiniones del CISG-AC: Consejo Consultivo en materia de compraventa internacional de mercancías,” *LL*, 2009-A, pp. 659 y ss., 861 y ss., 982 y ss., refiriendo la CNUCCIM, “Convención de las Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías,” y su consejo consultivo CISG-A.C.

<sup>47</sup> Ver FERNÁNDEZ LAMELA, *op. loc. cit.*, pp. 767-70 y sus transcripción de la acertada opinión de MANUEL CASTELLS, en la p. 768.

### 9. *Redes gubernamentales*

Esas organizaciones no gubernamentales, aparentemente desconectadas, se ven superadas por las numerosas y crecientes redes intergubernamentales, también llamadas transgubernamentales,<sup>48</sup> o *Global Public Policy Networks* que aunque a veces no tengan personalidad jurídica igualmente actúan con alguna eficacia para una cierta gobernabilidad general o *Global Governance*.<sup>49</sup> Además de los conocidos G-7, G-20, BRIC (Brasil, China, India, Rusia), cabe destacar recientemente el FSB, *Financial Stability Board*; el Comité de Basilea; el ISSB, *International Accounting Standards Board*; IOSCO, *International Organization of Securities Commissions*; IAIS, *International Association of Insurance Supervision*, más las regulaciones de la OCDE contra el lavado de dinero, el secreto fiscal y bancario, etc. Para el próximo tratado que habrá de seguir al de Kyoto a su vencimiento en el 2012, cuyos trabajos comenzarán formalmente en Copenhage en 2009, ya están trabajando los legisladores de las economías grandes, en GLOBE, *Global Legislators Organization*, a través de la *International Commission on Climate Change and Energy Security*. La idea de reunirse los legisladores primero es para tratar de llegar a los acuerdos políticos que luego permitan su desarrollo técnico hasta llegar a la ratificación por todas las partes, especialmente el Congreso de los EE.UU., cuyo Senado rechazó el tratado de Kyoto por 95 votos a 0.<sup>50</sup> La comisión legislativa internacional se reunió dos días en abril de 2009 en Washington, D.C., y lo seguirá haciendo para elevar un informe previo a la reunión de Copenhage. Las redes se hacen y deshacen, cambian y entremezclan de acuerdo a las circunstancias: el flamante Foro de Estabilidad Económica o *Financial Stability Forum*, coordinado con el FMI<sup>51</sup> fue sustituido en la reunión del G-20 en Londres en abril de 2009 por un nuevo *Financial Stability Board*, FSB, ahora incluyendo al resto del G-20 más España, la Comisión Europea y los demás miembros del anterior FSF, *Financial Stability Forum*.<sup>52</sup> El BRIC se reunió antes del G-20 de abril en Londres para fijar una posición común allí. Nosotros no estamos en el BRIC, y en definitiva la posición del MERCOSUR la asume de hecho Brasil ante el foro internacional, sin perjuicio de los contactos bilaterales que también existen entre los países más significativos.

<sup>48</sup> No somos muy afectos a estas complicaciones innecesarias del lenguaje, en base a nuestra formación en materia de lenguaje y derecho, que explicamos en el cap. I de nuestro *Tratado de Derecho administrativo, Parte general*, t. 1, 10ª ed., Buenos Aires, FDA, 2009. Ver también REINICKE, WOLFGANG H., "The other World Wide Web: Global Public Policy Networks"; *Foreign Policy*, invierno de 1999, p. 44; REINICKE, WOLFGANG H – DENG, FRANCIS M., "Critical Choices – The United Nations, networks, and the future of global governance," *UN Vision Project on Global Public Policy Networks*, [www.globalpublicpolicy.net](http://www.globalpublicpolicy.net), 2000.

<sup>49</sup> Nos remitimos a las referencias y salvedades de la nota precedente.

<sup>50</sup> "G20 leaders wrangle over Kyoto successor," *The Buenos Aires Herald*, 6-IV-09, *World Trade*, p. 10.

<sup>51</sup> *The Buenos Aires Herald*, 13-III-09, p. 2.

<sup>52</sup> "Excerpts from the G-20 communiqué," *The Buenos Aires Herald*, 3-IV-09, p. 6.

10. *El derecho de gentes en la Constitución de 1853 y el caso Priebke en 1995.*<sup>53</sup>

Si bien la constitución de 1853 mencionaba el derecho de gentes,<sup>54</sup> la primera aplicación práctica en estos tiempos viene en la Argentina en 1995 con el caso *Priebke*,<sup>55</sup> en el cual la Corte expresamente aceptó que en el derecho de gentes el país requerido no decide si se ha cometido o no un delito de lesa humanidad, y concedió la extradición requerida por Italia, que fue cumplida, y adonde el requerido fue llevado, juzgado, condenado a prisión perpetua en 1998 y se encuentra cumpliendo la pena. Los derechos humanos violentados se presentan bajo la faz penal, en una doble internacionalización del derecho, el derecho internacional de los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad contra el derecho de gentes.<sup>56</sup> Todo indica que se trata de una tendencia nuevamente expansiva.

Pero cabe también considerar el fenómeno inverso, que una situación de derechos humanos en pugna se enfoque mejor por el cauce del derecho administrativo contravencional o de faltas que del derecho penal, como ocurre con los cortes de calles, cuando el gobierno no quiere utilizar la coerción física directa sobre las personas para permitir la libre circulación, sobre todo cuando los que cortan las rutas y puentes son próximos a sus afectos políticos, o porque tiene temor al escándalo y el desorden público desbordado y el posible exceso en la represión, o por principios ideológicos de “no criminalizar la protesta social.”

Una solución para cumplir las normas de libre tránsito sin recurrir al Código Penal es tratar a los cortes de ruta o puentes no como delito a través de tribunales penales, sino como faltas, tal como ahora están haciendo los juzgados contravencionales de la Ciudad de Buenos Aires.<sup>57</sup> La pronta decisión, fundada en un caso en la falta de pruebas, pareciera mostrar la mayor eficacia de este mecanismo jurisdiccional. La rapidez de la justicia contravencional o de faltas

<sup>53</sup> CSJN, *Priebke, JA*, 1996-I, 328, año 1995, *Fallos*, 318: 2148. Lo hemos comentado, al pasar, en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, p. 53, nota 11.3., como “joya de concisión y acierto.” Posteriormente, ver CJSN, SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA, *Delitos de Lesa Humanidad*, Buenos Aires, CSJN, 2009. ZUPPI, ALBERTO LUIS, *El derecho imperativo (“jus cogens”) en el nuevo orden internacional*, ED, 7-VII-92; *La noción de soberanía en el nuevo orden internacional*, ED, 151-781; *La prohibición “ex post facto” y los crímenes contra la humanidad*, ED, 131:765; BARBERIS, JULIO A., *Formación del derecho internacional*, Ábaco, Buenos Aires, 1994, ps. 54 y ss.; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO, *El derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1980, ps. 78 y ss.

<sup>54</sup> El art. 118 de nuestra Constitución reconoce el principio de orden público internacional (*jus cogens*), conforme al cual nuestros tribunales tienen jurisdicción *extraterritorial* para juzgar *aquí* delitos contra el derecho de gentes cometidos *fuera* de nuestro territorio.

<sup>55</sup> CSJN, *Fallos*, 312: 2148.

<sup>56</sup> Los supuestos que más concitan la atención son los del derecho penal internacional, desde luego, pero la internacionalización del derecho es todavía mucho mayor en el derecho *administrativo* europeo o en el del MERCOSUR, NAFTA, etc., sólo que allí su carácter más detallista lo hace menos interesante. Es menos importante cualitativamente, pero cuantitativamente es el supuesto de mayor internacionalización. Es la misma relación que en el orden interno se da entre la ley y el reglamento: Las leyes son más importantes, pero los reglamentos son más numerosos.

<sup>57</sup> Ver PIZZA, NICOLÁS, “Juicio contra dos dirigentes por instigar piquetes en la Ciudad,” *Clarín*, 24-III-09, p. 34; BRAVO, JULIETA, “Absueltos por cortar calles en el microcentro,” *La Nación*, 26-III-09, p. 16.

es una clara ventaja frente a la necesariamente más prolongada duración de los juicios penales. En otro caso, siete sindicalistas de ATE fueron condenados por la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas porteña, teniendo en cuenta la falta de aviso con el tiempo adecuado para que el personal policial pudiera instrumentar un “control operativo para disminuir los efectos en los ciudadanos que circulaban con sus vehículos,” y que la obstrucción del tránsito fuera “sobre arterias de tránsito muy intenso, en días hábiles y en un horario de tráfico fluido. De la misma forma, se tuvo en cuenta el tiempo de duración de las movilizaciones efectuadas.” Como se advierte, se han considerado distintas causales de mitigación o agravamiento de la falta administrativa a los efectos de la consecuente sanción administrativa y no penal. En cualquier caso, la sanción ha sido mínima: Tres días de trabajo comunitario de cuatro horas, como *probation*, y en caso de incumplimiento igual cantidad de días de arresto.<sup>58</sup>

Quizás ese tipo de sanción sea más adecuado, siguiendo el principio de RADBRUCH: “No se trata de construir el mejor derecho penal, sino algo mejor que el derecho penal.” En el caso, no es que el derecho administrativo sea mejor que el penal, pero por el menor nivel sancionatorio puede dar una más pronta respuesta del aparato estatal a quienes afectan el tránsito público.

Quizás hasta sea una justicia no dotada de un cierto grado de ironía jurídica objetiva: al que molesta el tránsito público no se intenta ponerlo en prisión por largo plazo por la comisión de un posible delito de acción pública, pero se lo somete a las molestias y eventual detención por un juicio contravencional, obligándole entonces a repensar la conveniencia de asumir tales estrategias de protesta. Los tribunales locales correspondientes al puente internacional de Gualaguaychú debieran seguir el ejemplo y el procedimiento, para evitar que el país quede sometido a las inevitables sanciones externas si no logra habilitar la vía al libre tránsito internacional.

### 11. *Los tratados bilaterales de promoción de inversiones extranjeros y los tribunales arbitrales internacionales del CIADI*

Hemos celebrado algo más de un medio centenar de tratados bilaterales de protección de inversiones extranjeras,<sup>59</sup> por los cuales nos sometimos a la jurisdicción de los tribunales arbitrales del CIADI, en el Banco Mundial, ante el cual estamos actualmente litigando 35 casos y tenemos más de quince ya resueltos.<sup>60</sup> Existía y existe la tesitura que para ejecutarlos era necesario recurrir a nuestros tribuna-

<sup>58</sup> Ver DI NICOLA, GABRIEL, “Condenados a hacer trabajo social por cortar una avenida,” *La Nación*, 1-IV-09, p. 15; art. sin firma: “Alentador: condenan a trabajar a sindicalistas,” *Ámbito Financiero*, 1-IV-09, p. 19.

<sup>59</sup> Lo explicamos en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del consumidor*, Buenos Aires, FDA, 2006, 8ª ed., cap. XVIII, “El arbitraje administrativo internacional.”

<sup>60</sup> ADRIÁN VENTURA, “Condenan al país a depositar una garantía de US\$ 75 millones,” *La Nación, Economía & Negocios*, 7-III-09, p. 1.

les,<sup>61</sup> pero los tribunales arbitrales dijeron que estas sentencias son ejecutables ante la jurisdicción de cualquiera de los países miembros.<sup>62</sup>

Ciertamente es respetable la posición oficial argentina de sostener que la ejecución debe pedirse en la jurisdicción del país condenado, concretamente en nuestro país, pero ello no es de por sí suficiente argumento para no ejecutar voluntariamente el fallo si el país se comprometió a hacerlo, ni para resistir eficazmente las múltiples presiones que desde muchas partes del mundo se nos harán para que acatemos la jurisdicción que elija el acreedor para hacer efectivo el cumplimiento del laudo, conforme a la interpretación que los tribunales arbitrales internacionales están dando a los tratados en cuestión.

Una de ellas ya se está percibiendo en las crecientes dificultades en obtener créditos de organismos internacionales, pues el BM, como el BID, el FMI, etc., conforman también, como es obvio, una red internacional informal de bancos públicos. Si no cumplimos los laudos, el BM y otros pueden llegar a sentirse inclinados a hacer lo mismo. Aunque no pidamos crédito al FMI igualmente debemos contar con su informe si queremos renegociar la deuda con el Club de París, pues es condición de estos acreedores, y así sucesivamente.

El efecto en cascada finalmente es imposible de resistir. Podremos negociar, sin duda, y ciertamente lo haremos, pero lo que no podemos hacer es desconocer olímpicamente los laudos o pretender que su ejecución, en caso de incumplimiento de nuestra parte, deba necesariamente pedirse sólo ante nuestros propios tribunales del derecho interno.

<sup>61</sup> Una completa exposición de esas razones en SISELES, OSVALDO, "La ejecución de laudos arbitrales extranjeros contra el Estado argentino," en ABERASTURY, PEDRO (coord.), *La Justicia administrativa en la actualidad*, JA, n° esp. 2009-I, fasc. 12, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, pp.86-90.

<sup>62</sup> Según VENTURA, *op. loc.cit.* La posición argentina es diversa en base a los arts. 53, 54 y 55 del Convenio CIADI, en especial el art. 54 (3) que dispone que *El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda*. Si el vencedor en un laudo CIADI quisiera venir a ejecutarlo a la Argentina debería iniciar un procedimiento de ejecución de sentencia (no un *exequatur*) contra el Estado y seguir el mismo periplo que cualquier ciudadano argentino en su cobro. Pero los mecanismos internacionales de hacer efectiva la responsabilidad del Estado son múltiples, como explicamos en "Responsabilidad del Estado en el derecho internacional," en *XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, RAP*, año XXVIII, Buenos Aires, 2005, 326: 391-400. Ello, sin perjuicio de la clara tendencia del Poder Judicial a manejarse con independencia del poder político en todo cuanto está a su alcance hacerlo, como explica GRETCHEN HELMKE, "Enduring Uncertainty: Court-Executive Relations in Argentina in the 1990s and Beyond," en <http://www.law.nyu.edu/clep/documents/helmke03.pdf> Los ejemplos comienzan a abundar ante la exagerada violación del sistema jurídico por el poder político. Ver entre otros GELLI, MARÍA ANGÉLICA, "Control estricto en la delegación legislativa. En el caso 'Colegio Público de Abogados de la Capital Federal'," *LL*, 2009-A, 161; TORICELLI, MAXIMILIANO, "Control de las facultades legislativas delegadas," *LL*, 2008-F, 566.

Para la materialización de la responsabilidad económica del Estado en el derecho interno nos remitimos al cap. XXI, "La responsabilidad del Estado en la práctica," antes aparecido con igual título en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Rap, 2008, pp. 729/38; UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires* DRA. MARIA GRACIELA REIRIZ, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 15-X-08, pp. 3-12.

También, claro está, hay que tratar de perfeccionar y complementar estos mecanismos.<sup>63</sup>

## 12. *Los tratados contra la corrupción y delitos conexos*

En la misma época y en años posteriores firmamos y ratificamos diversos tratados contra la corrupción y el soborno transnacional, una convención americana,<sup>64</sup> un tratado internacional,<sup>65</sup> un convenio de Naciones Unidas,<sup>66</sup> y en todos ellos ponemos el énfasis sobre cuatro delitos que las convenciones presentan como inextricablemente interrelacionados: la corrupción, el lavado de dinero, el narcotráfico<sup>67</sup> y el terrorismo, a los que cabría agregar la piratería, delito contra el derecho de gentes tanto antiguo como ahora renacidamente contemporáneo.<sup>68</sup>

<sup>63</sup> Ver las críticas y sugerencias que realizamos en este t., cap. XVIII, “El arbitraje administrativo internacional,” § 3, “Los problemas pendientes,” § 4, “Aspectos comunes a resolver,” § 5, “Los caminos del arbitraje.” Ver también CAPLAN, ARIEL, “La firma de tratados bilaterales de protección a los trabajadores, usuarios, consumidores y medio ambiente como instrumento para compensar ‘la globalización asimétrica.’” *Res Publica Argentina*, 2008-2. Además de las normas internacionales existentes o propuestas en materia ambiental o del consumidor, cabe recordar las que existen en materia de comunicaciones, salud, transporte, etc.: FERNÁNDEZ LAMELA, *op. loc. cit.*, p. 767 y nota 25.

<sup>64</sup> “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091; “La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción,” en *V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses*, La Plata, ASesoría GENERAL DE GOBIERNO, 1998, pp. 101 a 119.

<sup>65</sup> La algo largamente denominada “Convención para combatir el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Transnacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico” (por ello, a veces referida simplemente como la “Convención de la OCDE.”) [http://www.oecd.org/document/21/0,2340,en\\_2649\\_34859\\_2017813\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html#Text\\_of\\_the\\_Convention](http://www.oecd.org/document/21/0,2340,en_2649_34859_2017813_1_1_1_1,00.html#Text_of_the_Convention)

<sup>66</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ley 26.097.

<sup>67</sup> Que se puede ya mencionar como un naciente *jus cogens superveniens*, como lo puntualiza JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *op. cit.*, p. 84. En sus orígenes el consumo de estupefacientes estuvo ligado a las clases más favorecidas de los países desarrollados, pero en la actualidad bajo la forma de otras sustancias de bajo costo y peor efecto como el paco, etc., alcanza especialmente a las clases menos favorecidas y a los asentamientos urbanos irregulares de los países emergentes, donde el control policial es virtualmente inexistente. Ver ROLANDO BARBANO, “Industria local,” *Clarín*, 5-IV-09, p. 55, “ya es una realidad de la industria nacional.”

<sup>68</sup> El art. 105 de la Convención de las Naciones Unidas de 1982 sobre Derecho del Mar autoriza el apresamiento de piratas en alta mar y su juzgamiento y castigo por el Estado apresador: Ver CAPPAGLI, ALBERTO C., “La piratería y el derecho,” *LL*, 2009-A, 642-53, esp. p. 649. La piratería ha recobrado importancia actual en las costas de Somalia. En el año 2008 hubo 111 ataques y 42 barcos capturados por los piratas, solamente en el Golfo de Aden: “Gulf of Aden: Seven pirates captured after high-speed chase,” *The Buenos Aires Herald*, 31-III-09, p. 12, donde se informa de la colaboración, en la captura de los piratas, de buques alemanes, holandeses, españoles, griegos y dos helicópteros estadounidenses. Avanza la piratería del mar pero también los esfuerzos internacionales contra ella. También hay esfuerzos de cooperación armada internacional en otros lugares del mundo, como Afganistán, pero obviamente no hay consenso internacional para controlar militarmente las matanzas o delitos de lesa humanidad en toda y cualquier parte del mundo. Tanto Afganistán como el control de la piratería en el golfo de Aden son encarados por la NATO de ya 28 miembros, en lugar de los 12 iniciales. Ver HARDACH, SOPHIE, “NATO’s ambitious plan to recover relevance,” *The Buenos Aires Herald*, 5-IV-09, suplemento *On Sunday*, p. 17. Por supuesto, son temas de infinitas aristas y matices, como explica NEILSON, JAMES, “A much more dangerous place,” *The Buenos Aires Herald*, 16-IV-09, p. 10.

Todos son delitos que habilitan, a estar a estos tratados que hemos suscrito, la jurisdicción internacional o al menos la jurisdicción extranjera de cualquiera de los países partes del Tratado, aunque el hecho hubiera tenido lugar fuera de su propio territorio.

La ley interna argentina, a efectos del monitoreo del movimiento del dinero proveniente de actividades ilegales, extiende aún más la equiparación, incluyendo al dinero proveniente del contrabando de armas, del fraude contra la administración pública, etc.<sup>69</sup> Si bien su efectividad no ha sido demostrada empíricamente, al menos sirve conceptualmente para indicar que el nexo común es el movimiento de dinero, lo cual incluye la corrupción.

Dada la gravedad de los delitos y que muchos se cometen con el apoyo del Estado, existe una clara tendencia a irlos considerando en el futuro posibles delitos de lesa humanidad en el sentido que la acción para su persecución penal puede llegar a ser imprescriptible.<sup>70</sup> Es que, como ha dicho CARELLO, existe también un derecho humano a la no corrupción.<sup>71</sup>

Cuando el Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas renuncia a su cargo señalando que la corrupción goza en el país de una impunidad casi absoluta,<sup>72</sup> y además en contra de las normas internacionales aplicables, da pie con mayor fuerza a la jurisdicción extranjera o internacional sobre tales delitos. Tanto es ello así que su renuncia está escrita en castellano y en inglés, cuya segunda versión envía a la red intergubernamental de todos los organismos anticorrupción del mundo<sup>73</sup> y sube a Internet, que es una forma extraordinariamente dinámica de liberarnos de la tutela estatal sobre nuestro pensamiento y nuestra libertad de expresión del pensamiento.<sup>74</sup>

Además, la tendencia que definió la reunión del G-20 en Londres en abril de 2009 fue “tomar acción contra las jurisdicciones no cooperativas, incluyendo

<sup>69</sup> Ley 25.246, texto según ley 26.268, reglamentado por Res. 282/08 de la Unidad de Información Financiera, sobre “Encubrimiento y lavado de activos de orden delictivo,” *B.O.* 22-IX-08, p. 9 a 12.

<sup>70</sup> Lo mismo puede ocurrir, virtualmente, con las responsabilidades civiles de quienes facilitaron la comisión de tales delitos: BOHOSLAVSKY, JUAN PABLO, “Responsabilidad por financiamiento de delitos de lesa humanidad: El caso argentino,” *LL*, 2008-C, 1015-30.

<sup>71</sup> CARELLO, LUIS ARMANDO, “La Convención Interamericana contra la Corrupción y el «derecho a la no corrupción»,” en DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *50 años de Derechos Humanos*, Santa Fe, 1998, p. 25 y ss.

<sup>72</sup> *Perfil* del 14-III-09; DANIEL SANTORO, “Renunció Garrido: ‘La corrupción tiene impunidad casi absoluta.’” *Clarín*, 13-III-09, p. 12; GABRIEL SUED, “El fiscal anticorrupción dijo que lo limitaron y renunció,” *La Nación*, 13-III-09, pp. 1 y 6; PAZ RODRÍGUEZ NIELL, “El acusador más duro de la era kirchnerista,” p. 6; sin firma, “Una salida que debilita aún más a los órganos de control. El recorte de las investigaciones se siente también en la AGN y en la OA,” p. 6. Ver notas de RICARDO MONNER SANS, LAURA ALONSO, LUIS VILLANUEVA, *Crítica de la Argentina*, 13-III-09, p. 5; DI MATTEO, LUCIO, “Renunció el fiscal Garrido y habrá aún menos control al Gobierno,” *El Cronista*, 13-III-09, p. 7; VICENS, MARÍA, “Portazo del fiscal que investigaba al gobierno,” *Ámbito Financiero*, 13-III-09, p. 13.

<sup>73</sup> Ver la noticia “La última denuncia de Garrido,” en *Crítica de la Argentina*, 13-III-09, p. 5.

<sup>74</sup> Ver, entre otros, FRAGOSO ZÁRATE, JAVIER, “Internet y libertad de expresión,” en *AÍDA, Ópera prima de derecho administrativo, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, opus n° 4, México, 2008, pp. 113-156.



paraísos fiscales.”<sup>75</sup> La idea es combatir el lavado y ocultamiento de dinero, uno más de los subproductos habituales de la corrupción.

### 13. *La inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida*

Es lo mismo que ocurre con la declaración por el Congreso de la Nación de la nulidad e inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida,<sup>76</sup> que dio a la CSJN el soporte axiológico y democrático necesario<sup>77</sup> para decidir tal inconstitucionalidad y dar entonces renovado impulso a las causas de violación a los derechos humanos de la última dictadura militar, delitos de lesa humanidad que siguen siendo juzgados por los tribunales nacionales y también por tribunales extranjeros como los de Alemania, España, Italia, Suecia, etc. Su antecedente inmediato fue la inconstitucionalidad de las leyes de autoamnistía, principio que se puede aplicar no solamente a los delitos de lesa humanidad de los gobiernos militares, sino también a los casos de corrupción de autoridades civiles electas.

Por más que los órganos legislativos aprueben eventuales leyes de autamnistía que pretendan cubrirlos por la corrupción o el lavado de dinero, ellas no podrán resistir el *test* de la historia, como ha quedado suficientemente demostrado para otros delitos de lesa humanidad.

### 14. *La Corte Penal Internacional*

Nuestro país también suscribió la creación de la Corte Penal Internacional por el Tratado de Roma, que instituye la jurisdicción universal.<sup>78</sup> Este tribunal acaba de ordenar la detención con miras a su juzgamiento por delitos de lesa humanidad, del Presidente en ejercicio de Sudán, AL BASHIR. Con ello está resolviendo también que no existe inmunidad soberana para un presidente en ejercicio por delitos de lesa humanidad.<sup>79</sup> El Fiscal de la Corte ha dicho que cualquier país puede legalmente desviar un avión en cielos internacionales cuando alguno de sus pasajeros tenga orden de captura de la Corte Penal Internacional, hacerlo

<sup>75</sup> “Excerpts from the G-20 communiqué,” *The Buenos Aires Herald*, 3-IV-09, p. 6.

<sup>76</sup> Ver nuestro art. “Decláranse insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521”, *LL*, 2003-E, 1506; y la nota al fallo *Simón* (14-VI-05) de DIANA, NICOLÁS / KODELIA, GONZALO S., “Sinceridad y justicia: 18 años después,” *LL*, 2005-E, 320.

<sup>77</sup> Evitando así la crítica de quienes alegan, como ROBERTO GARGARELLA, “La Justicia Frente Al Gobierno: Sobre El Carácter Contramayoritario del Poder Judicial,” Ariel, Barcelona, 1996.

<sup>78</sup> Ver ZUPPI, ALBERTO LUIS, *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002; BUSCAYA, HÉCTOR OSVALDO, “Incompatibilidad de la Corte Penal Internacional con el principio de jurisdicción universal de los Estados,” *LL*, 2008-F, 1238.

<sup>79</sup> Paralelamente, por primera vez un mandatario en su momento electo por el voto popular es condenado en su propio país por crímenes de lesa humanidad, luego de obtenerse su extradición, como es el caso de Fujimori en Perú. Según expresa OMAR CHEHADE “La condena a Fujimori por violación a los derechos humanos servirá como elemento de juicio para los procesos por corrupción. Esa condena estableció que Fujimori encabezó una organización de poder criminal, la cual funcionó no sólo para violar los derechos humanos, sino también para la corrupción que hubo en ese gobierno. Fujimori concentró el poder y destruyó las instituciones fiscalizadoras,” *Página 12*, 11-IV-09, p. 16, el destacado es nuestro; CARLOS NORIEGA, “Fujimori sigue en el banquillo,” *op. loc. cit.*

aterriar, detener al requerido y ponerlo a disposición del Tribunal de La Haya para su juzgamiento.<sup>80</sup> No es necesario que hagamos un juicio de valor, pero sí es necesario que simplemente constatemos el hecho.<sup>81</sup>

### 15. *Male captus, bene detentus*

Ello es una continuación y perfeccionamiento de la tesis de la jurisdicción de EE.UU. en materia de narcotráfico, que consiste en que si ese país captura en el extranjero a un sospechado de narcotráfico, aunque tal captura sea ilegal, igual puede ser juzgado legalmente en los EE.UU.; un antecedente es la captura ilegal de EICHMAN en la Argentina, que luego fuera juzgado y condenado por delitos de lesa humanidad en Israel. Algo que, dicho sea de paso, también hemos hecho nosotros con Pico<sup>82</sup> y otros en Brasil, *Gorriarán Merlo* en México, etc., previo acuerdo entre los servicios. Es el principio *male captus, bene detentus*: el reo ha sido mal capturado en su país de residencia (*Noriega* por EE.UU. en Panamá, *Eichman* por Israel en la Argentina, *Gorriarán Merlo* por la Argentina en México, *Pico* por la Argentina en Brasil, etc.), pero está bien *detenido* en el país de destino que lo

<sup>80</sup> Afirma el Fiscal: “En cuanto al Bashir vuele por cielos internacionales, cualquier gobierno podría desviar su avión y él ser arrestado.” *Clarín*, 5-III-09, p. 21.

<sup>81</sup> En Qatar la XXI cumbre de la Liga Árabe respaldó a Sudán: JORGE FUENTELES, “El mundo árabe respalda a Al Bashir,” *Crítica de la Argentina*, 31-III-09, p. 15, diario que informa que estuvo en el centro de la foto y “fue el protagonista de la cumbre.” También estuvo nuestra presidente y, según noticias, algunos otros presidentes sudamericanos en otra reunión informalmente denominada “Sur-Sur:” Bolivia, Chile, Brasil y Venezuela. Nuestra presidente no se incluyó en la foto del encuentro, y se retiró del recinto cuando habló Al Bashir, pero igualmente habría firmado la resolución en su apoyo contra la orden de detención de la Corte Penal Internacional, según informa *Crítica de la Argentina*, 1-IV-09, pp. 12-3, que en un suelto de la p. 12 recuerda el incidente con el presidente de Guinea Ecuatorial Teodoro Obiang en su visita de febrero de 2008 para firmar acuerdos comerciales, ocasión en que recibió una reprimenda pública por las violaciones a los derechos humanos en su país. En el caso de Al Bashir, se trata de delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra con más de 300.000 muertos, aunque no de genocidio como pedía la acusación del fiscal de la CPI Moreno Ocampo. Una variante del mismo estilo de Qatar de no acatamiento y crítica a los compromisos asumidos, ocurre con las decisiones de los tribunales arbitrales del Banco Mundial, como luego explicaremos. Por eso el énfasis en “global” puesto por algunos autores parece un poco irreal en el presente, si se le quiere dar una caracterización formal, en lugar de considerarlo una mera *façon de parler*. Se podría reargumentar que ellos hablan de derecho administrativo global, y no derecho penal global o derecho de los tratados bilaterales de protección de inversiones extranjeras del CIADI, puesto que EE.UU. no suscribió el tratado de la CPI. Pero la falta de acatamiento universal al derecho común no es exclusiva del *ius cogens*, del derecho administrativo o de cualquier otra rama del derecho: Simplemente, *estamos yendo hacia un orden jurídico mundial, pero no estamos todavía en él*, por las razones que explicamos en este trabajo.

<sup>82</sup> Un preciso relato, de público y notorio conocimiento, en *Clarín*, 11-I-01, p. 6, 1ª col., últ. párr. Dice lo mismo, menos directamente, *La Nación*, el mismo día, p. 12. Fue capturado por nuestros servicios en Brasil con la colaboración de las fuerzas internas de ese país, y al llegar al nuestro, traído por nuestros agentes, manifestó que se había entregado voluntariamente. Son frecuentes en el mundo los casos en que las fuerzas internas de un país llevan al requerido a cinco kilómetros adentro de las fronteras, y allí lo entregan clandestinamente a los agentes norteamericanos para su juzgamiento en los EE.UU. Esto, antes de las nuevas políticas de la era Bush en la lucha contra el terrorismo internacional, hoy aparentemente en curso de ser cambiadas por Barack Obama, para retornar a las prácticas de la época de *Álvarez Machín*.

*capturó* mal en el extranjero y le aplica *bien* su jurisdicción: *Álvarez Machain*,<sup>83</sup> *Gorriarán Merlo*, *Pico*, etc.

Mas allá de la dogmática jurídica, es preciso advertir la importancia que en EE.UU. tienen los hechos mencionados en la nota 1 del fallo<sup>84</sup> y en el primer párrafo de éste (el conjunto potenciado de narcotráfico, corrupción, crimen organizado, tortura y muerte, etc., todo en un caso) y su cotejo con *Noriega* en Panamá, *Eichman* para Israel, *Argoud* para Israel y Alemania, *Ramírez* —(a.) “Carlos”— para Francia, etc. Los casos de genocidio, claro está, son un género en sí mismos: A nada se los puede comparar. Esa combinación sinérgica se advierte con algunos de estos delitos y otros, en el preámbulo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Igual efecto multiplicador se encuentra en la ley 25.319, tratado internacional contra el soborno transnacional. Si bien nuestra doctrina reaccionó adversamente al fallo *Álvarez Machain*, nada hace pensar que no se haya de repetir la experiencia en el futuro.

Los tribunales de California igualmente admiten su jurisdicción en materia de derechos humanos respecto de nuestro país. Allí, sin aplicarse el derecho penal sino el resarcitorio de daños, de todos modos se juzgaron hechos ocurridos fuera del país del tribunal, condenándose al país demandado por lo acaecido en su propio territorio.<sup>85</sup>

Por último, si bien el número de países que fundó NATO fue 12, actualmente son 28 y tienen una política de puertas abiertas hacia nuevos aliados, concentrando la lucha contra el terrorismo internacional en suelo afgano, más otros objetivos como la lucha contra la piratería en el Golfo de Aden,<sup>86</sup> etc.<sup>87</sup>

<sup>83</sup> *ED*, 148: 157, con notas de ZUPPI, ALBERTO LUIS, “Los Estados Unidos de contramano: el voto de REHNQUIST en el caso «Álvarez Machain»,” *ED*, 148: 155; OUTEDA, MABEL N., “El fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos como violatorio de la integridad territorial y de la soberanía de los Estados,” *ED*, 148: 163; BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ, “Secuestro de presuntos delincuentes en un Estado extranjero y juzgamiento en Estados Unidos,” *ED*, 148:170; BIANCHI, ALBERTO B., “La Corte de los Estados Unidos ingresa a la lucha contra el narcotráfico. (De cómo un fallo judicial puede ser una declaración de guerra),” *ED*, 148:173; LEGARRE, SANTIAGO, “¿Es realmente monstruosa la sentencia Alvarez Machain?,” *ED*, 148: 187; BARREIROS, LUCAS EMILIANO, “Siguen las Penurias para *Alvarez Machain* (Una vez más a manos de la Corte Suprema de Estados Unidos),” *Lecciones y Ensayos*, año 2005, 80-205: 661-666.

<sup>84</sup> *ED*, 148: 157-59, año 1992. Ver p. ej. GONZÁLEZ OROPEZA, MANUEL, *Secuestrar para juzgar. Pasado y presente de la justicia extraterritorial*, México, UNAM, 1998; ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, § 15, II, 14, p. 193 y su referencia de nota 253. Pero, como veremos a continuación en el texto, hacemos mal en cargar sólo sobre EE.UU. una práctica en que también nosotros incurrimos.

<sup>85</sup> Como en el caso *Susana Siderman de Blake, et al., v. la República de Argentina, et al.*, transado en virtud del decreto 996/96, B.O. 4-IX-96, cons. 2°, 7° y 8°.

<sup>86</sup> También en el océano Índico, en las islas exteriores de las Seychelles. En 2008 hubo en el mundo un total de 293 incidentes de piratería, con tendencia al aumento: “Security forces try to curb Somali piracy,” *The Buenos Aires Herald*, 6-IV-09, Suplemento *World Trade*, p. 3.

<sup>87</sup> HARDACH, SOPHIE, “NATO’s ambitious plan to recover relevance,” *The Buenos Aires Herald*, 5-IV-09, suplemento *On Sunday*, p. 17, informa que hay propuestas de sus miembros para una futura acción de la NATO en temas adicionales tales como cambio climático, migraciones masivas, seguridad energética, etc.

Nuestro país no es parte de ese emprendimiento, aunque sí de otros,<sup>88</sup> pero es clara su fuerza expansiva.<sup>89</sup>

De todos modos, existen medios internacionales por encima de la voluntad de los Estados individuales cuando se trata de expedir órdenes de arresto internacionales expedidas por los países por medio de INTERPOL, excepto claro está las de la Corte Penal Internacional. Como explica BREWER CARÍAS, este organismo intergubernamental con sede en París es no solamente independiente sino que tiene un comité independiente de contralor, y prevé además una instancia de audiencia previa del interesado cuando un país pide su detención internacional, lo que puede resultar, y de hecho resulta en el caso de este profesor, en que INTERPOL denegara su pedido de captura internacional pedido por Venezuela, habilitando así su libre tránsito internacional.

### 16. *La Organización Mundial del Comercio*

También hemos suscripto el tratado sobre la Organización Mundial del Comercio,<sup>90</sup> con tribunales para resolver las acusaciones de un país contra otro por violación a las reglas del libre comercio internacional,<sup>91</sup> a los que se someten las grandes economías.<sup>92</sup> A comienzos del 2009 Brasil estaba considerando la posibilidad de demandarnos y ha desistido del propósito en aras a la vecindad,<sup>93</sup> pero la posibilidad sigue latente de que otros países nos demanden por nuestras medidas de

<sup>88</sup> La ley 26.424 autoriza veinte operaciones combinadas, binacionales, regionales o plurinacionales, entre países como Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Dominicana, Ecuador, El Salvador, EE.UU., Francia, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela, y el nuestro, como entrenamiento conjunto para eventuales misiones de Naciones Unidas.

<sup>89</sup> Ver BELDYK, MARIANO, “La OTAN de Obama se concentra en Afganistán,” Perfil, 5-IV-09, pp. 26-7.

<sup>90</sup> *World Trade Organization*, u OMC, Organización Mundial del Comercio, ley 24.425.

<sup>91</sup> El principio del libre comercio fue reiterado en la reunión del G-20 en Londres, en abril de 2009: “una economía mundial abierta basada en principios de mercado, regulación efectiva, e instituciones globales fuertes.” “Excerpts from the G-20 communiqué,” *The Buenos Aires Herald*, 3-IV-09, p. 6. En igual sentido PÉREZ HUALDE, “La crisis mundial y el derecho publico (el Estado, otra vez, protagonista),” *op.cit.*, § III, A), 2.

<sup>92</sup> Típicamente, tanto EE.UU. como China someten sus diferendos comerciales a tales tribunales: “Trading barbs on piracy,” *Buenos Aires Herald*, suplemento *World Trade*, 23-III-09, p. 3; “China says WTO report mostly rejected US piracy case,” igual supl., p. 6. Ver PÉREZ HUALDE, *op.cit.*, § III, A), 4, quien destaca que la OMC es considerada por el G-20 como organización internacional “fuerte.” También se mencionan, dentro de sus cometidos específicos, a las Naciones Unidas, la OIT, etc., todos formando parte de un gran entramado internacional altamente interconectado.

<sup>93</sup> Y a que la razón le es favorable, pues “las salvaguardias que se apliquen culminarán siendo invalidadas por los tribunales nacionales —quienes cuentan ahora con el auxilio del Tribunal del MERCOSUR a través del mecanismo de las opiniones consultivas— con los costos que para las arcas públicas implican los juicios, más aún cuando los mismos están acompañados de condenas por daños y perjuicios.” PEROTTI, ALEJANDRO D., “Crisis financiera, MERCOSUR y el MAC (salvaguardias),” *LL*, 208-F, p. 1385-9. Se repite acá como en tantos otros temas la creencia nacional que puesto que nuestro sistema no funciona, tampoco debe funcionar el sistema mundial. Es una grave ingenuidad, al igual que el conflicto con Uruguay y tantos otros más, que están destinados a proporcionarnos insatisfacciones por muchas décadas. La culpa es de la sociedad, que nunca reacciona a tiempo para poner límite a sus gobiernos cuando ellos actúan fuera de la ley nacional y la ley internacional.

aislacionismo respecto del mercado internacional. En la reunión de Londres del G-20 en abril de 2009 se acordó “abstenerse de levantar nuevas barreras a la inversión o al comercio en mercaderías y servicios,” “no repetir los errores históricos del proteccionismo de épocas previas,” “no retroceder hacia el proteccionismo financiero, particularmente en cuanto a medidas que limitan el movimiento internacional del capital, especialmente hacia países en desarrollo.”<sup>94</sup>

Ya hay voces sugiriendo que se debería crear un nuevo sistema de regulación financiera global;<sup>95</sup> la decisión del G-20 de abril de 2009 en Londres fue aumentar el capital del FMI,<sup>96</sup> regular más las instituciones y mercados financieros, y fijar el objetivo de sancionar a los paraísos fiscales que no acepten las reglas internacionales, entre otras cuestiones.<sup>97</sup>

### 17. *La Corte Internacional de Justicia de La Haya*

Mientras tanto estamos sometidos a la Corte Internacional de Justicia de La Haya, donde tenemos pendiente de resolución el pleito con Uruguay por la pastera Botnia y el libre paso internacional de los puentes que están bloqueados por el lado argentino, por la inercia de nuestro país a interrumpir los piquetes que cortan las calles, rutas y puentes, para no “criminalizar la protesta social.”

En el pedido de medidas cautelares que hicimos en ese juicio sólo el magistrado interviniente por el Estado argentino votó a favor del país, los otros catorce miembros votaron sólidamente en contra. Ello, más la claridad de la necesidad del libre tránsito en fronteras internacionales, da un adelanto de cómo puede resultar la decisión definitiva, máxime que existe un acta en la cual la Argentina prestó oportunamente su conformidad a la instalación de la pastera en Uruguay y que el Banco Mundial ha emitido dos informes técnicos en sentido que la pastera no es contaminante, al igual que los informes técnicos oficiales de nuestra propia administración.

### 18. *Los contratos internos alcanzados por normas internacionales*

Ya expusimos en su momento la aplicación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción a los contratos internos del Estado; también, cómo los organismos internacionales de crédito van armonizando las normas para la erogación nacional de sus créditos externos; cabe agregar ahora que la CSJN ha

<sup>94</sup> “Excerpts from the G-20 communiqué,” *The Buenos Aires Herald*, 3-IV-09, p. 6.

<sup>95</sup> FERNÁNDEZ LAMELA, *op. loc. cit.*, p. 765 y sus referencias de nota 17.

<sup>96</sup> Y es bueno destacar que entre los primeros aportantes figuran China y Brasil, este último con el 5% de sus cuantiosas reservas. Ellos no desperdician la oportunidad de lograr mayor espacio en el mundo, al revés de nosotros que, invitados a la fundación del FMI para aportar nuestras reservas de postguerra, ganadas con el comercio de guerra, nos dedicamos en cambio a nacionalizaciones que luego debemos revertir, con inmenso costo para el país y perdiendo una oportunidad internacional única. Ahora estamos otra vez renacionalizando, por ejemplo Aerolíneas Argentinas, a un costo que el país no puede soportar sin aumentar la indigencia. Es socialmente aberrante.

<sup>97</sup> “Measures from G-20,” *The Buenos Aires Herald*, 3-IV-09, p. 11.

determinado, con acierto, la aplicación de las normas internacionales de la OIT en el derecho interno del contrato de empleo público.<sup>98</sup>

### 19. *Los tribunales administrativos internacionales*<sup>99</sup>

Todos los organismos internacionales que se van creando, cada vez en mayor medida, siempre están exentos de las jurisdicciones locales, por lo cual crean sus propios tribunales administrativos internacionales para la resolución de los diferendos entre el personal y la institución. Es tan explosiva la creación de estos organismos y tribunales que uno sólo de ellos, el de la OIT, tiene más de cincuenta organizaciones internacionales sometidas voluntariamente a su jurisdicción.<sup>100</sup> Casi 40.000 personas como justiciables potenciales en el Tribunal Administrativo de la OIT, otras tantas en el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas que este año se transforma en Tribunal Administrativo de Apelaciones,<sup>101</sup> pues se crean tribunales de primera instancia en todo el mundo para este mismo tipo de causas, etc. Algunos organismos recientes crean simultáneamente a su nacimiento su propio tribunal administrativo, como ha ocurrido en el año 2008 con la Organización Europea de Derecho Público. Si bien estos tribunales internacionales no resuelven cuestiones de derecho interno, sí sientan principios generales del derecho administrativo que inevitablemente han de ser seguidos por la doctrina y los tribunales nacionales.<sup>102</sup>

### 20. *Tratados de integración, órganos regionales y su vinculación con las redes intergubernamentales*

Hay más ejemplos de esta internacionalización, como los tratados de libre comercio, los tratados de integración económica como la Unión Europea, el MER-

<sup>98</sup> Ese movimiento universal se ha visto reflejado también en el ámbito de la función pública con la directa aplicación de las normas e interpretaciones de la OIT. La CSJN *in re Asociación de Trabajadores del Estado (A.T.E.) c/ Estado Nacional y otros s/cumplimiento de recomendación de la O.I.T.* del 25 de noviembre del 2008 analizó la nítida integración del Convenio 87 sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación, de 1948, al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por vía del citado artículo 8.3, a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Huilca Tecse v. Perú* y *Baena Ricardo y otros v. Panamá* y los Dictámenes de los órganos de control de la OIT, como el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Ampliar en IVANECA, MIRIAM MABEL, "Las relaciones de empleo público frente a la globalización del derecho administrativo," *Tercer Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Derecho Administrativo Global*, Monterrey, México, abril de 2009, en prensa.

<sup>99</sup> Ampliar en nuestro t. 2, *op. cit.*, cap. XVI, "La justicia administrativa internacional."

<sup>100</sup> Ver la lista en <http://www.ilo.org/public/english/tribunal/membership/index.htm>

<sup>101</sup> Donde, además, tenemos el privilegio de contar con un magistrado argentino elegido por concurso público internacional. Ver SUSANA REINOSO, "Inés Weinberg de Roca: el desafío de hacer justicia después del horror," *La Nación, Enfoques*, 22-III-09, p. 6.

<sup>102</sup> Ver al respecto FLOGAITIS, SPYRIDON, "The general principles of Administrative law in the jurisprudence of the United Nations Administrative Tribunal," en prensa en el homenaje a SABINO CASESSE. Por nuestra parte, cada vez hacemos más referencia a la jurisprudencia de estos tribunales, con la cual nuestra propia posición coincide en la mayor parte de los temas.

COSUR,<sup>103</sup> ASEAN<sup>104</sup> y otros, pero cabe destacar el constante crecimiento de las redes intergubernamentales.<sup>105</sup>

La más importante es el G-7, integrado por las grandes economías industrializadas del mundo contemporáneo, que son a su vez los mayores contribuyentes y votantes del Fondo Monetario Internacional. Es de gran importancia también el BRIC, compuesto de Brasil, Rusia, India y China. Y se ha comenzado a hablar del grupo de los +5, refiriéndose a Brasil, Sudáfrica, México, India, China, que recientemente fueron invitados a la reunión del G-8 en Italia. Nuestro país, en tanto no se reintegre el concierto de naciones con estado de Derecho, en tanto siga siendo catalogado como economía de frontera, inevitablemente queda excluido.

Un tercer escalón, con una creciente actuación internacional, lo constituye el denominado grupo G-20. Lo integran Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Corea del Sur, China, EE.UU., Francia, India, Indonesia, Italia, Japón, México, Reino Unido, Rusia, Sudáfrica, Turquía, y la Unión Europea.<sup>106</sup>

Cabe mencionar también el reciente Unasur,<sup>107</sup> etc., y otros, todos en constante aumento y creciente interconectividad.<sup>108</sup> Una de esas interconexiones es la participación de la *World Trade Organization* u Organización Mundial del Comercio en

<sup>103</sup> GONZÁLEZ-OLDEKOP, FLORENCIA, *La integración y sus instituciones*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997; BARRA, RODOLFO, "Derechos de la integridad y Mercosur," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *El derecho administrativo argentino, hoy*, Buenos Aires, 1996, pp. 31 y ss.; DIANA, NICOLÁS, "Apuntes sobre la idea del conflicto permanente," *RPA, Res Publica Argentina*, 2008-1: 55/62.

<sup>104</sup> *Association of South East Asian Nations*: Brunei, Cambodia, Indonesia, Laos, Malasia, Myanmar, Filipinas, Singapur, Tailandia y Vietnam, que han suscripto con la India un TLC, tratado de libre comercio: *Buenos Aires Herald*, supl. *World Trade*, 17 de agosto de 2009, p.12: "India, ASEAN embrace free trade."

<sup>105</sup> También llamadas redes transgubernamentales: FERNÁNDEZ LAMELA, PABLO, "El impacto de las redes transgubernamentales en la evolución del derecho administrativo internacional," *LL*, 2009-A, 761. El número de las redes formales se estima en medio centenar: FERNÁNDEZ LAMELA, *op. loc. cit.*, p. 771, quien enumera las principales, pp. 772-4; es posible que las informales sean más.

<sup>106</sup> "[R]epresenta el 75% del comercio, el 80% de la población y casi el 90% del PBI mundial:" LUISA CORRADINI, "Las divergencias se profundizan entre los miembros del G.20," *La Nación*, 15-III-09, p. 2. En tamaño del PBI, ocupamos el último lugar, según *Clarín*, 29-III-09, p. 21, o en todo caso el penúltimo: *La Nación*, 29-III-09, p. 2; *Perfil*, 29-III-09, pp. 26-7. Ese lugar lo disputamos con Sudáfrica, economía que está en crecimiento cuando nosotros estamos en recesión. Si nuestro PBI se sigue reduciendo quedaremos a un paso de la irrelevancia, aunque existen otros factores que podrían argumentarse para nuestra continuación en el grupo, según LACUNZA, SEBASTIÁN, "Argentina dentro del G-20: ¿se justifica o es país infiltrado?" *Ámbito Financiero*, 1-IV-09, p. 8.

<sup>107</sup> Unasur, Unión de Naciones Suramericanas: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Uruguay, Surinam, y Venezuela, que serían los países receptores de créditos internacionales del proyectado Banco del Sur, que integrarían Argentina, Brasil y Venezuela, cada uno con 2.000 US\$M, más Bolivia, Ecuador, Paraguay y Uruguay, que contribuirán en forma escalonada hasta completar entre todos los 10.000 US\$M: *La Nación*, sección *Economía & Negocios*, 25-III-09, p. 1, "Definen los fondos del Banco del Sur." A su vez se hizo en Chile una reunión o red de presidentes o primeros ministros autocalificados de progresistas, adonde no se invitó a Bolivia, Cuba, Ecuador ni Venezuela. Esa ausencia de invitación a países donde el *rule of law* no rige es un adelanto de lo que nos puede pasar a nosotros si seguimos en la senda actual. Ya hemos citado el G-8 +5, el grupo de 16, etc. En ninguno de ellos estamos.

<sup>108</sup> Otros ejemplos en FERNÁNDEZ LAMELA, *op. loc. cit.*, p. 762.

la reunión del G-20 en Londres.<sup>109</sup> El rol especial de la Organización Mundial del Comercio da mayor visibilidad a sus normas de libre comercio externo, que China ha suscripto y continúa utilizando a pesar de que ha recibido más demandas que las que ella misma ha hecho.<sup>110</sup> También los bancos públicos internacionales como el BM, FMI, BID, etc., mantienen estrechas conexiones, comparten información, consensuan criterios y conforman, de hecho, una red informal de suma importancia. El Club de París, otra red de bancos, en este caso europeos, tiene entre sus normas que cualquier renegociación de la deuda de terceros países, como p. ej. la Argentina, tiene que tener el visado del FMI. Conviene recordar también la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del mar, de 1982,<sup>111</sup> entre otras convenciones análogas.<sup>112</sup> Por la primera, entre otras cosas, se creó el ISA, *International Seabed Authority*, autoridad competente para otorgar concesión de minerales en el subsuelo marino en aguas internacionales; existe también un tribunal internacional del derecho de los mares.<sup>113</sup> En el espacio aéreo, la estación espacial internacional no tiene convenios que conozcamos pero funciona de modo coordinado. En otras palabras, los recursos compartidos no son ya solamente binacionales o regionales, son también internacionales.

### 21. *¿Existe ya un derecho público global?*

Puede discutirse si existe ya un derecho público global,<sup>114</sup> tema sobre el cual se realizó un seminario en 2008 en París, denominado *Values in Global Administrative Law*, y en 2009, en México, un *Congreso Internacional sobre Derecho Administrativo Global*,<sup>115</sup> donde asistieron los profesores de la Universidad de Nueva York que han sido pioneros en la materia y de la Organización Europea de Derecho Público, que también lo ha sido desde su propio ámbito. En nuestro mismo país se está gestionando un postgrado en derecho administrativo global,<sup>116</sup> y se celebran congresos sobre el impacto de las normas supranacionales en el orden interno.<sup>117</sup>

<sup>109</sup> Ver *Buenos Aires Herald*, supl. *World Trade*, 23-III-09, p. 7: "Lamy to attend G20 London Summit. WTO head to brief leaders on trade."

<sup>110</sup> REUTERS, "Despite Rulings, China embraces WTO." Ver *Buenos Aires Herald*, supl. *World Trade*, 17.VIII-09, p. 4.

<sup>111</sup> Ver ROZAKIS, CHRISTOS L. y STEPHANOY, CONSTANTINE A., *The New Law of the Sea*, Amsterdam, North-Holland, 1983.

<sup>112</sup> [http://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/convention\\_overview\\_convention.htm](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm)

<sup>113</sup> [http://www.itlos.org/start2\\_en.html](http://www.itlos.org/start2_en.html)

<sup>114</sup> También cabe comentar las distintas alternativas semánticas en juego. Ver FERNÁNDEZ LAMELA, *op. loc. cit.*, pp. 762-4.

<sup>115</sup> [http://www.facdyc.uanl.mx/avisos/derecho\\_administrativo/index.html](http://www.facdyc.uanl.mx/avisos/derecho_administrativo/index.html)

<sup>116</sup> En la Universidad Nacional de Río Negro, Argentina.

<sup>117</sup> Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, con el auspicio de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, "Cuartas Jornadas Rosarinas de Derecho Administrativo "Dr. Antonio P. Chede," "El derecho administrativo. Impacto del derecho supranacional. Derechos humanos," Rosario, 1-VIII-09.



Se puede afirmar con certeza que es creciente el número de países que se someten a normas supranacionales, y que éstas a su vez van proliferando.

## 22. La irreversibilidad de la tendencia

El fenómeno y la tendencia parecen pues irreversibles, como lo indicara hace décadas PIERRE PESCATORE,<sup>118</sup> que hemos citado desde 1990 en la primera ed. de nuestro libro *Derechos Humanos*. Ello se aplica tanto a los tratados de derechos humanos como a los tratados de integración económica y a todas las nuevas modalidades, tratados, organizaciones y redes formales e informales que estamos mencionando.

Podremos o no estar ya inmersos en un orden jurídico mundial, eso es materia de interpretación, pero en todo caso la tendencia hacia él parece indubitable. No hay vuelta atrás en el creciente orden jurídico mundial.

Son cada vez más los supuestos en que el derecho aplicable a nuestro país, tanto en el orden externo como interno,<sup>119</sup> proviene de normas internacionales a las cuales nuestro país se ha sometido voluntariamente y que tienden a su vez a generar importantes normas de segundo grado,<sup>120</sup> como ocurre en el caso del lavado de dinero y muchas otras cuestiones.<sup>121</sup> No parece posible un retorno de esa tendencia universalista; aunque su avance sea lento, es irreversible.

<sup>118</sup> PESCATORE, a quien hemos citado con énfasis en *Derechos Humanos, op. loc. cit.*, destaca que: “Es en el momento de prepararse para ratificar los tratados cuando cada Estado ha debido o deberá considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé; pero una vez que se ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver.” “Jurídicamente no hay, pues, vuelta atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad.” Del mismo modo, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” Ya en 1932 la Corte Permanente de Justicia declaró que un Estado no puede aducir “su propia constitución para evadir obligaciones incumbientes para el derecho internacional o para los tratados en vigor.” caso *Danzig*, citado en ZUPPI, *El derecho imperativo (“jus cogens”) en el nuevo orden internacional, op. cit.*, nota 26. El principio fue reiterado en 1935 en *Comunidades Greco-Búlgaras o Minority Schools in Albania*, ZUPPI, *op. cit.*, nota 27 y texto.

<sup>119</sup> FEDERICO THEA, “Las garantías del debido proceso en la toma de decisiones públicas”, *LL, Supl. Adm.*, 2009.

<sup>120</sup> Posibilidad reconocida por la CSJN en el caso *Cafés La Virginia*, ya citado.

<sup>121</sup> Una aproximación a la incidencia de la transnacionalización de los ordenamientos jurídicos vinculados a las actividades económicas públicas, la desterritorialización de las prácticas de *crony capitalism* o “capitalismo de amigos” (en Rusia, “oligarcas,” para la jerga internacional, al igual que se dice en España de los que aquí se enriquecen ahora al abrigo del poder, AGUINIS, MARCOS, *¡Pobre Patria mía! Panfleto*, Sudamericana, Buenos Aires, 2009, p. 63, como lo hicieron otros hace más de un siglo pero ya no les calza el sayo, pues el Código Civil obligó a la distribución de la tierra en las herencias) y su impacto sobre las nuevas modalidades de contratación pública en Argentina, en DAMSKY, ISAAC AUGUSTO, “Variaciones y contrapuntos en los nuevos sistemas de contratación de actividades económicas públicas en Argentina. Crisis del estado, *crony capitalism* y alteración de la gobernabilidad económica,” *A & C, Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n° 27, Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA), Forum, Curitiba, 2007, pp. 11- 42.

### 23. *Los valores del creciente orden jurídico mundial. Primero, seguridad jurídica y justicia*

Esa progresiva convergencia de los ordenamientos jurídicos nacionales<sup>122</sup> hacia un eventual sistema jurídico cada vez más globalizado, se realiza en un contexto donde tienden a primar los valores<sup>123</sup> por encima de las normas, sean ellas constitucionales, legales o desde luego reglamentarias.<sup>124</sup> Esto debe advertirnos tempranamente que en el orden interno también deberemos aplicar la misma

<sup>122</sup> No cualquiera, sino sólo aquellos que tienen los elementos mínimos de constituir Estados de Derecho, con división de poderes, periodicidad de los gobernantes, elecciones periódicas, libertad de expresión del pensamiento y otros derechos humanos fundamentales, etc. Estas restricciones implican que en cada momento de la historia puede haber varias decenas de países que no quedan incluidos en el debate, razón por la cual nos parece preferible la palabra *internacional*, que tan sólo sugiere más allá de las fronteras nacionales, que *global*, que parece implicar el mundo entero. Los *failed states*, los *rogue states*, los que están a mitad entre ambos, los que no son Estado de Derecho, no entran en esta categoría. Para desenfatar un poco el término global, lo uso indistintamente con internacional o mundial, pues en todos los casos es una visión de futuro, de allí el título del presente cap.: “Hacia...”

<sup>123</sup> Cuando hablamos de valores o principios, como juicios axiológicos, no los estamos refiriendo en derecho a conceptos o categorías *abstractas*, sino a la evaluación de una *realidad concreta*.

<sup>124</sup> Lo explicamos en *Introducción al derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2006; *An Introduction to Law*, Londres, Esperia, 2003; *Une introduction au Droit*, Londres, Esperia, 2003, las tres eds. con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS. Ver también mi art. “The Draft EU Constitution and the World Order,” en AA.VV., *The Constitution of the European Union / La Constitution de l’Union Européenne*, “European Public Law Series / Bibliothèque de droit public européen,” vol. LXIII, Esperia, Londres, 2003, pp. 281-294; *Revue Européenne de Droit Public / European Review of Public Law* / vol. 16, n° 1, 2004, Esperia, Londres, pp. 281-294. Una de sus conclusiones, que explicamos en el art. citado en último lugar, es que tanto en la terminología francesa como en la no francesa, es una garantía universal el acceso a un tribunal imparcial e independiente, llámeselo defensa en juicio, debido proceso legal en sentido adjetivo y sustantivo, tutela judicial efectiva, etc. También lo explicamos en “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” [http://www.tcadf.gob.mx/congreso/internacional/control\\_jurisdiccional.html](http://www.tcadf.gob.mx/congreso/internacional/control_jurisdiccional.html); lo desarrollamos con más detalles normativos y semánticos en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 12ª ed. del t. I, 9ª ed. del t. II, Buenos Aires, Thomson/Civitas-La Ley, 2006, 1ª ed. argentina con notas de AGUSTÍN GORDILLO, t. II, pp. 618-A y 618-B, puntos XXIV.1 y XXIV.2. Como allí explicamos, en el tradicional consenso del primer proyecto de Constitución Europea hubo desde siempre una versión francesa diferente a las restantes, pero en esencia equivalente. El art. II-107 en otras lenguas que el francés expresaba: “Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente art. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.” El equilibrio europeo ha sido pues admitir en la versión francesa que el control puede ser jurisdiccional (en lugar de judicial) a cargo de “tribunales” (no de jueces) imparciales e independientes (como los tribunales administrativos franceses), pero no judiciales. Mientras que en otras lenguas se enfatiza el derecho a la “tutela judicial efectiva,” el texto francés se constriñe a un “recurso efectivo;” pero en cambio los textos coinciden en “la efectividad del acceso a la justicia.” Pero no hay diferencia sustancial, sólo semántica y organizativa. Si la imparcialidad e independencia del tribunal está incuestionada, poco importa cómo se lo denomine o dónde se lo sitúe en apariencia. A la inversa, de nada sirve un tribunal judicial en aquellos tiempos y lugares en que el Poder Ejecutivo puede influir en sus decisiones...

escala de valores por encima de las normas reglamentarias o legales. Detengámonos pues un poco en esos valores jurídicos que no podemos impunemente violar internamente, sin sufrir consecuencias en el orden interno e internacional.

Esos valores son fundamentalmente los relativos a la seguridad<sup>125</sup> y a la justicia, pero cabe incluir en ellos (entre otros) aquellos relativos a la razonabilidad de las medidas que los Estados de Derecho adoptan,<sup>126</sup> lo cual tiene inevitable repercusión sobre las economías nacionales y la economía mundial en la cual se insertan.

Dicho en otras palabras, en lugar de incorporar aquí y ahora la referencia al bien común, interés público<sup>127</sup> o al progreso como un dato a armonizar con seguridad y justicia, pensamos que puede ser también útil la referencia a la racionalidad económica.

Por cierto, ya mucho antes de ahora se ha efectuado la vinculación entre fines sociales de un estado Social de Derecho y racionalidad económica, concluyendo que la finalidad de conseguir los más elevados fines sociales no puede

<sup>125</sup> Seguridad jurídica, *Rechtssicherheit* en el original de RADBRUCH que más abajo se cita, que ha sido traducido al inglés como *legal certainty* o *legal predictability*. Los que no tenemos el idioma inglés como idioma nativo nos resulta un poco difícil aceptar esta traducción del alemán, que es más fácil a los idiomas latinos, como *sécurité juridique*, seguridad jurídica, etc. Si no es claro en lenguas latinas el concepto de “certidumbre,” sí lo es en cambio el de “incertidumbre,” que resulta claramente equivalente de indeterminación, falta de certeza, falta de seguridad en suma.

<sup>126</sup> Lo cual no es una cuestión uniforme a través de la historia, desde luego. Ver nuestros arts. “Racionalidad, política, economía, derecho” en *LL*, 28-XII-05, p. 1; “Si las palabras fueran energía eólica...,” *LL*, 2004-C, 1557; reproducido en JORGE FERNÁNDEZ RUIZ (coord.), *Derecho Administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos comparados*, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, México, 2005, pp. 107-112; también en D’ARGENIO, INÉS (dir.), *Ejercicio de la función pública. Ética y transparencia. Homenaje al Profesor Bartolomé Fiorini*, La Plata, Platense, 2007, pp. 35-40.

Nuestra preocupación por la actuación razonable de los Estados (con sustento fáctico suficiente, con proporcionalidad, sin desviación de poder, con debido proceso legal y audiencia previa de los interesados, debido fundamento legal) viene de antes y hemos estado explorando diversos modos de encararla, por ejemplo en *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, Londres, Esperia, 2003, con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS; ver también nuestro “Civilizations and Public Law: a View from Latin America,” en EVANGELOS VENIZELOS /ANTOINE PANTELIS (directores), *Civilisations and Public Law / Civilisations et Droit Public*, “European Public Law Series / Bibliothèque de droit public européen,” vol. LXXIX, Esperia, Londres, 2005, pp. 215-232 y separata. Por el momento sólo existe la resolución de algunas controversias por la OMC, la Organización Mundial del Comercio, más los diferentes modos en que los Estados interactúan en las organizaciones internacionales, sujetos a control judicial suficiente de los tribunales administrativos internacionales. Pero parece claro que es necesario avanzar más en el largo plazo, mirando mientras tanto si en el corto plazo estamos haciendo o no todo lo que está a nuestro alcance para un mundo mejor organizado.

<sup>127</sup> Lo hemos intentado con perseverancia, a pesar de todo. Nuestro primer esfuerzo se remonta a 1962, con “Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos,” en *LL*, 106-1187, año 1962, reproducido en *Páginas de Ayer*, La Ley, año 5, n° 10, noviembre de 2004, pp. 29-39, que hemos repetido en el *Tratado de derecho administrativo*, que recuerda y desarrolla creativamente MANASSERO, NATALIA CORA, “Se activa el Poder judicial,” en su nota al igualmente interesante fallo de la CCAYT, CABA, SALA I, 2008-02-27, *Sociedad Italiana de Beneficencia c. Ciudad de Buenos Aires*, *LL, Sup. Adm.*, 2008, 5 de junio, 28-34, esp. nota 17 y texto. Con el presente trabajo no abandonamos esa idea, sino que intentamos explorar otra, diferente, para ser combinada con los valores de seguridad y justicia.

carecer de racionalidad económica, que no por perseguirse fines sociales puede dilapidarse el dinero público.<sup>128</sup> Eso viene dicho desde siempre, y constantemente actualizado, por cuanto organismo internacional con especialización económica y social existe,<sup>129</sup> aunque siempre haya países que en algún momento de su historia consideran que esas reglas no les son aplicables, como en la actualidad Argentina, Bolivia, Cuba, Ecuador, Venezuela. Mientras tanto los países otrora comunistas como China o Vietnam abrazan las nuevas reglas de la economía mundial y progresan, atrayendo inversiones, en tanto los que estamos en la otra línea las expelemos.

No pretendemos la sustitución de la noción de bien común o interés público por la de racionalidad económica, sino precisar, a partir del pensamiento de RADBRUCH, que el bien común no puede ser contrapuesto a la racionalidad económica, que la irracionalidad económica no sirve al bien común<sup>130</sup> y a la inversa la racionalidad económica sí le sirve. Ya señalamos la existencia de un creciente derecho administrativo internacional y de organismos internacionales que aplican un derecho público que no es local ni derecho internacional público entre Estados.<sup>131</sup> El fenómeno ha ido creciendo y haciéndose cada vez más evidente, con tribunales administrativos internacionales<sup>132</sup> y lo que ya se da en llamar un derecho ad-

<sup>128</sup>“La participación administrativa,” en el Congreso Iberoamericano sobre Sociedad, Democracia y Administración, Alcalá de Henares, 12-14 de Junio de 1984, publicado en el libro *Congreso Iberoamericano sobre Sociedad, Democracia y Administración*, INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, España, Alcalá de Henares-Madrid, 1985, pp. 199 a 211; *Revista de Direito Público*, n° 74, San Pablo, 1985, pp. 15 a 25. Allí continuamos ideas que veníamos trabajando de antaño: “Cauces de participación ciudadana, en *Crónica del V Congreso Hispano Luso Americano Filipino de Municipios*”, t. I, Madrid, ed. del INSTITUTO DE ESTUDIOS DE ADMINISTRACIÓN LOCAL, 1970, pp. 1057 a 1085; reproducido en *La planificación en los entes locales*, t. I, *Estudios Generales*, Barcelona, Instituto de Ciencias Sociales, 1971, pp. 37 a 63. Nueva versión corregida y actualizada en “Viejas y nuevas ideas sobre participación en América Latina,” *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Bruselas, 1981, vol. XLVII-1981, n° 2, pp. 126-132; *Revista de Direito Público*, año XIV, n° 57/58, San Pablo, 1981, pp. 29 a 38.

<sup>129</sup>Ver DOBRY, HERNÁN, “Los emprendedores que se juegan e invierten pese a todo,” *Perfil*, supl. *El Observador*, 16-VIII-09, pp. 54/6.

<sup>130</sup>Interés público, etc. El presente trabajo representa pues un intento de mejorar el paso que dimos al tratar de acercarnos al concepto de interés público, y alejarnos de sus fabulaciones irracionales, en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 8ª ed., Buenos Aires, FDA, 2003, cap. VI, “Servicios Públicos.” Es el mismo intento en el que venimos trabajando desde la primera versión de este enfoque, en 1962, citando siempre a RADBRUCH, en “Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos,” *op. loc. cit.*

<sup>131</sup>“Frenos y contrapesos en la creación del derecho en organismos internacionales. El caso de la discriminación,” *LL*, 2005-F, 1404, resumen de la versión original: “The administrative Law of International Organizations: Checks and Balances in Law Making —The Case of Discrimination,” ya citado en la nota 6.

<sup>132</sup>Lo explicamos en “Restricciones normativas de los tribunales administrativos internacionales,” *LL*, 2002-F, 1540-8; reproducido en AHE, DAFNE (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, II, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 285-98; “Statutory Limitations of International Administrative Tribunals,” en el libro *XXth Anniversary*, Inter American Development Bank, Administrative Tribunal, Washington DC, 2003; “Tribunales administrativos internacionales,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Rap, 2006, pp. 803-806.

ministrativo global.<sup>133</sup> Pero cabe advertir que más que un plexo normativo, que también lo es, sobre todo es la escala de valores propia del Estado de Derecho.

Estos desarrollos internacionales a veces dejan atrás determinados ordenamientos nacionales, lo cual crea constantes problemas de adaptación. Si bien en el largo plazo es posible predecir una necesariamente creciente inter adaptación de los sistemas nacionales, en lo inmediato las asimetrías y hasta las contradicciones son un problema cotidiano. El desafío diario es pues ver si se realizan o no los cambios y en su caso a qué velocidad, o si se esperan los pronunciamientos adversos de los organismos internacionales que en cada caso correspondan. Es natural que ello presente algunos fuertes cuestionamientos.<sup>134</sup> Y por supuesto que en el mundo de las naciones civilizadas, como en cualquier comunidad, el apartamiento de las normas comunes genera consecuencias desventajosas para el incumplidor, sobre todo si no integra el Consejo de Seguridad como miembro permanente.<sup>135</sup> Cada gobierno haría bien en contar no solamente sus votos en el Congreso nacional, sino también los votos ajenos en los organismos, los órganos y las redes internacionales. Sobre estas últimas cabe recordar que en una ocasión el BID trabó un crédito a la Provincia de Mendoza por estar incumpliendo un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

#### 24. *La racionalidad económica*

Existen menos problemas en percibir la internacionalización de los valores de seguridad jurídica y de justicia, que el de racionalidad económica. Mientras los dos primeros han sido trabajados a través de toda la historia del derecho, el de la racionalidad económica es mucho más reciente.<sup>136</sup>

<sup>133</sup> KINSBURY, BENEDICT; KRISCH, NICO y STEWART, RICARDO, “El surgimiento del derecho administrativo global,” *RPA*, 2007-3: 25; MONTT, SANTIAGO, “What international investment law and Latin America can and should demand from each other. Updating the Bello/Calvo doctrine in the BIT generation,” *RPA*, 2007-3: 75; MAIRAL, HÉCTOR A., “El silencio de los tribunales argentinos,” *RPA, Res Publica Argentina*, Buenos Aires, 2007-3: 7/23,

<sup>134</sup> El más antiguo, el de la soberanía. Como explica ATALIBA NOGUEIRA, es uno de los signos que acompaña el colapso de la antigua idea de Estado: *supra*, nota 16.

<sup>135</sup> Próximamente, quizás, Brasil, <http://www.abc.es/20081223/internacional-internacional/sarkozy-respalda-brasil-tenga-200812230415.html> pero no nosotros.

<sup>136</sup> No pretendemos originalidad, por supuesto. Hemos intentado aproximarnos al concepto en algunos ejemplos contemporáneos, por ejemplo en los ya referidos “Racionalidad, política, economía, derecho” en *LL*, 28-XII-05, p. 1; “Si las palabras fueran energía eólica...”, *LL*, 2004-C, 1557; ambos arts. también en [http://www.gordillo.com/cv/cv\\_2\\_7\\_1.htm](http://www.gordillo.com/cv/cv_2_7_1.htm) Ver, entre otros, SACRISTÁN, ESTELA, “Control judicial de las medidas de emergencia (a propósito del análisis costo-beneficio),” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, IV, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2005, pp. 111-140. El problema de nuestro país, como de algunos otros, es que a veces ejercen poder quienes consideran tener formación económica pero no advierten que la que poseen es totalmente anacrónica, impropia de los siempre velozmente cambiantes tiempos internacionales, y que su carencia de conocimientos de inglés les impide seguir paso a paso con las evoluciones del pensamiento económico mundial. Tienen sus propios dogmas y a ellos se aferran, pretendido que no es necesario dar importancia a la reacción del inversor, incluso del inversor nacional, cuando simplemente huye de esos pseudo-economistas en el poder, por la vía de la fuga de capitales.

24.1. Es que más de una vez en el pasado se ha intentado ver diferentes modos racionales de un mismo problema y llegar “racionalmente” a soluciones contrapuestas. Ello ha sido formulado en la distinción entre la racionalidad pública de una empresa pública (promover el desarrollo, el pleno empleo, la creación de puestos de trabajo, luchar contra la inflación teniendo tarifas subsidiadas, etc., aunque todo ello implique sacrificar el retorno de la inversión pública),<sup>137</sup> y la racionalidad privada de una empresa privada, donde que lo que interesa es el retorno de la inversión más la ganancia razonable, y las demás consideraciones son dejadas a las políticas sociales y económicas del Estado, salvo algunos beneficios para los propios empleados.<sup>138</sup>

24.2. En un sentido similar, se ha hablado de la racionalidad irracional de la burocracia,<sup>139</sup> en que comportamientos que dentro de ella se consideran perfectamente racionales, desde afuera son vistos como irracionales y en realidad lo son.<sup>140</sup> Esto puede ocurrir tanto en burocracias privadas como públicas, y su manifestación más sencilla es preservar la seguridad del propio miembro de la organización antes que la consecución de los fines de ella. Allí surgen axiomas famosos como el que un informe no es algo escrito para información de su destinatario, sino para protección de su emisor.

24.3. También se puede recordar el viejo dilema acerca de si el cerebro mantiene, y en qué medida, rastros de razonamiento proveniente de la época de los anfibios y reptiles (poder,<sup>141</sup> territorio, jerarquía, agresión, ira, etc.), de la época de los mamíferos (afecto, solidaridad, amor, desprendimiento, etc.) y del último

<sup>137</sup> WHITE, EDUARDO, “Estudio sobre el régimen legal de las empresas públicas latinoamericanas y su acción internacional,” *Derecho de la Integración*, n° 14, Buenos Aires, 1973, p. 155: la “racionalidad pública” puede estar dada por la regulación del consumo, el desarrollo regional, la creación de empleo, el control de sectores estratégicos, etc., todo lo cual es de difícil o imposible medición para comparar la eficiencia pública vs. la privada, que es de simple observación pues está dada por la rentabilidad de la empresa y en su defecto por la fuga de capitales a través de la adquisición de divisas. La supuesta racionalidad pública puede terminar entonces en la absoluta irracionalidad nacional, al no poder medirse el cumplimiento de sus objetivos y sobre todo su costo económico, salvo si se atiende a la fuga de capitales, síntoma seguro de la irracionalidad económica local.

<sup>138</sup> Esta discusión parecía haber quedado en el pasado pero ha retomado actualidad en el presente, en nuestro país. Lo habíamos explicado, en su momento, en *Problemas del control de la administración pública en América latina*, Madrid, Civitas, 1981.

<sup>139</sup> KLIKSBERG, BERNARDO, “La racionalidad irracional de la burocracia,” en su libro *Cuestionando en Administración*, Paidós, Buenos Aires, 1973; nuestro libro *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 2001, 4ª reimpression, ps. 116 y ss. También en traducción italiana de LUCIANO VANDELLI, con “Introducción” de FELICIANO BENVENUTI, *L'amministrazione parallela. Il “parasistema” giuridico-amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1987, vol. 20 de la serie de la Università degli Studi di Bologna, Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell' Amministrazione.

<sup>140</sup> Las críticas al paradigma burocrático ven en él un sistema de racionalidad y funcionalidad tan sólo aparente, arbitrario y disfuncional, que deriva en ineficiencias y formalismos extremos: Ver, entre otros, IVANEGA, MIRIAM MABEL, *Principios de la Administración Pública*, Ábaco, Buenos Aires, 2005, p.80.

<sup>141</sup> Del cual hay más que suficientes vestigios en nuestra era. Ver THEA, FEDERICO G., “Los transplantes de derecho al servicio del Poder,” *LL*, 2009-A, p. 778, y sus referencias.

medio millón de años que dio lugar al nacimiento del córtex. Cómo se vinculan unos y otros es un problema ciertamente no resuelto: el que defiende a sus hijos poniendo en peligro su propia vida pero además actúa con exceso de respuesta a la agresión, ¿a cuál de esas racionalidades responde? La pregunta, como es obvio, no tiene respuesta a nivel que exceda la decisión de cada caso puntual.<sup>142</sup> A nivel internacional son problemas como la defensa y seguridad frente a la agresión externa, el territorio, la guerra y la paz,<sup>143</sup> etc.

A nivel individual hay casos más sencillos jurídicamente, aunque no lo sean médicamente: el que mata por motivos fútiles, para dar el ejemplo más simple, comete un acto de irracionalidad cortical, no exculpable judicialmente por su puesta insania, pero que con todo no responde a una acción inconsciente o tan sólo muscular, sin control neuronal, sino a un impulso de “racionalidad” límbica o reptiliana,<sup>144</sup> que sin duda no opera ni puede operar jurídicamente como eximente de pena, en ninguna parte del mundo. Esto el derecho lo condena universalmente, sea cual fuere la explicación cerebral. Pero sugiere campos de análisis para otras conductas resueltas por alguna parte del cerebro que no responden sin embargo a pautas de racionalidad cortical.<sup>145</sup>

Otro ejemplo con menor dramatismo es la falta de confianza en una parte de la sociedad que les ha llevado en el pasado a comprar dólares cuando no existen razones macroeconómicas que lo justifiquen: Cada pequeño comprador individual se quedaba contento de la operación aunque los economistas le demostraran que no había obrado racionalmente desde el punto de vista económico.<sup>146</sup> Las viejas

<sup>142</sup> “No hay enfermedades, hay enfermos;” “la única regla es que no hay ninguna regla.” Nos remitimos a *Introducción al derecho, op. loc. cit.*

<sup>143</sup> Un ejemplo contemporáneo de cuán controvertida es la racionalidad o proporcionalidad de determinada acción bélica puede encontrarse en el caso de la intervención israelí en el Líbano y en Gaza, donde la mayoría del “progresismo” universal critica la acción de Israel, y son pocos los que piensan distinto, por ejemplo JAMES NEILSON, “Israel’s ‘disproportionate’ response. ‘Proportionate’ would be to try to kill all Muslims it can,” *Buenos Aires Herald*, 8-I-09, p. 10. La tendencia en los países europeos es al parecer sancionar moral o culturalmente a Israel p. ej., no propiciando el viaje de artistas a dicho país.

<sup>144</sup> Es la teoría que difundió en su momento CARL SAGAN, en *Los Jardines del Edén*. No es recogida por otras publicaciones neurológicas, pero tampoco objeto de refutación puntual. Es algo que está en el terreno de la pura hipótesis, la pura incógnita.

<sup>145</sup> Explicamos más abajo que en economía a veces no se aplica la teoría económica de los juegos y entonces *todos pierden*: GABRIEL SÁNCHEZ, “El conflicto con el campo visto desde la teoría de los juegos,” *El economista*, 6 de junio de 2008, p. 5. En ese caso, se dice que se discuten “principios” y no dinero o mera conveniencia económica o política, pero la sospecha es si no se discuten en realidad cuestiones límbicas (por ende no *corticalmente racionales*) como autoridad, jerarquía, honor, territorio, poder, soberbia, venganza, etc.

<sup>146</sup> Ver por ejemplo DARÍO EPSTEIN, “Estrategia de política monetaria *versus* gestión en tiempos de crisis,” *Buenos Aires Económico*, 9 de junio de 2008, p. 16. MAXIMILIANO MONTENEGRO, “Informe confidencial para Cristina,” *Crítica de la Argentina*, 14-VI-08, p. 4, estima, a diferencia de otros analistas, en 4.500 millones de dólares en abril y mayo de 2008. Hoy en día se estaría promediando en los 2.000 millones de dólares por mes. Como buena parte de esos egresos terminan en el Uruguay, por ser un Estado de Derecho, se genera el chiste uruguayo que quien más hace por su desarrollo económico y social es la vecina República Argentina, siempre expeliendo capitales con su beligerante e irracional accionar gubernamental .

y nuevas devaluaciones van marcando un surco en la memoria colectiva.<sup>147</sup> El mismo fenómeno se extiende a los organismos de control público.<sup>148</sup>

24.4. La confianza *versus* la rentabilidad<sup>149</sup> aparecen así en un posible enfoque de *racionalidad cortical*, el de los economistas, o de supuesta irracionalidad individual o colectiva que en un extremo se puede argüir que resultaría más propia de la “racionalidad” límbica, etc., en este caso la protección del territorio y la propiedad en su forma más primaria.

Es lo mismo que la tenencia de oro, para algunos es especulación o negocio, para otros es seguridad aunque no sea buena inversión; lo segundo ocurre también con la propiedad territorial urbana o agraria.

Otro ejemplo que trae toda la historia universal es la promoción oficial del juego como forma de recaudación, que puede aplicarse para fines sociales o ser una vía privilegiada para la corrupción, cuando se la exime de impuestos a cambio

<sup>147</sup> Ahora el público parece hasta desconfiar de depositar su dinero en los bancos, salvo por el tiempo indispensable para cubrir los cheques que está legalmente obligado a emitir. Así hacía en épocas de hiperinflación, así hace en tiempos de falta de confianza en las autoridades públicas. Esto es parte de la memoria colectiva de falta de confianza en el sistema y en el gobierno. Del mismo modo, se sostiene también que lo que pasó una vez, “por excepción,” puede volver a pasar una y otra vez, hasta transformarse en regla: PABLO MENDELEVICH, “Por única vez,” *La Nación*, 26-III-09, p. 15, con lo cual concluye que lo verdaderamente excepcional sería que se cumplieran las reglas. En la jerga administrativa se solía decir “Por esta única vez y sin que siente precedente,” lo que llevó a consagrar desde la primera mitad del siglo XX el principio de la inderogabilidad singular de la norma general, en materia administrativa. En cuanto a la modificación legislativa del Código Nacional Electoral “por única vez y con carácter excepcional” como dice el art. 1° de la ley 26.495 publicada en el B.O. de hoy, o “por única vez” como dice el art. 5°, o “por esta única vez” como dice el art. 6°, no parece probable que tribunal alguno alcance a tiempo a aplicar aquel principio, antes que el hecho esté definitivamente consumado, salvo que algún abogado como Halabí o Monner Sans, o una organización no gubernamental como ADC, le encuentre el modo de llevarlo a buen puerto en tiempo oportuno. Se alega que esto afecta la gobernabilidad, como si gobernar democráticamente requiriera el poder absoluto por dos años más, cuando ya se lo tenía de todas maneras hasta octubre.

<sup>148</sup> Ver IVANEGA, MIRIAM M., “Consideraciones acerca del control externo de la Administración Pública y sus consecuencias,” *Revista Académica*, Facultad de Derecho de la Universidad La Salle, 40° aniversario-2007, México, 2007, p. 179/193.

<sup>149</sup> Parece rentable en el corto plazo confiscar la renta de los tenedores de bonos públicos, los fondos de las AFJP, etc., pero la destrucción de la confianza así ocasionada tiene un costo económico superior a la ganancia ilegítimamente obtenida, a veces con una caída inmediata de la bolsa, sin perjuicio que a la larga se debe abonar la confiscación, como ocurrirá con los *holdouts* y otros, siempre con la salvedad de las limitaciones prácticas de la responsabilidad del Estado, que explicamos en “La responsabilidad del Estado en la práctica,” que hemos citado en sus dos versiones en la nota 58, segundo párrafo. En otro ejemplo y como dice LUIS BELDI, “Mantendrán al dólar ahora en una banda entre \$ 3 y \$ 3,10,” *Ámbito Financiero*, 9-VI-08, p. 6, “La demanda que no cede es la del público. Los pequeños y medianos ahorristas [...] no miran el precio porque no buscan renta en estas compras. Quieren seguridad.” Por lo tanto la medida difícilmente esté dirigida a ellos, ya que “el BCRA ya mostró que puede controlar el mercado e hizo perder dinero a los que compraron dólares,” sin que a estos les importara. Sí está dirigida entonces, cabe concluir que “un dólar más barato representa un castigo al campo y a la industria:” ellos son los verdaderos destinatarios. Así se desprende de la nota “El dólar bajó otra vez y podría caer más,” *La Nación*, sección *Economía & Negocios*, 18-VI-08, p. 1. Hay asesores que recomiendan “diversificar 50% en el mercado local y otro tanto en el exterior,” como referencia JOSEFINA GIGLIO, “Acciones, inmuebles, y dólares, las opciones para invertir hoy,” *La Nación, Economía & Negocios*, 18-VI-08, p. 2.



de previsible ventajas de otra naturaleza. Hay mucho escrito sobre ello.<sup>150</sup> Hay más ejemplos, pero pensamos que los apuntados son suficientes para ilustrar la complejidad que el problema puede llegar a tener. Finalmente, cabe puntualizar que algunos de estos fenómenos tienen otra dimensión cuando se los analiza desde la psicología de masas.<sup>151</sup>

24.5. También ha sido clásico considerar, en economía, que existía una economía política del desarrollo, propia para países subdesarrollados,<sup>152</sup> y una economía política de países desarrollados. Cada una, se propuso, serviría mejor

<sup>150</sup> No ahora, claro está, porque no sufre la tributación mínima del treinta y cinco por ciento de retenciones: CARLOS PAGNI, "Otra jugada llena de riesgo," *La Nación*, 10-VI-08, pp. 1 y 6, última col.; sus ganancias **no** son tipificadas como extraordinarias. Las del campo, apriorísticamente a la lluvia, el granizo y la sequía, sí; la falta de congruencia y racionalidad es manifiesta: FÉLIX SANMARTINO, "El problema es no querer entender de qué se trata," igual diario, p. 8. El origen del impuesto son los *Windfall benefits*, rentas extraordinarias que *realmente* se producen, *no* actividades que por la imaginación oficial se castigan con un tributo extraordinario *a la venta de la producción*, no a la ganancia o renta e independientemente de que ella exista o no, ni a su nivel. Incluso la titular del Poder Ejecutivo las ha calificado de "rentas extraordinarias:" *Crítica de la Argentina*, 10-VI-08, p. 2. Siendo ello así, lo que corresponde es legislar cómo se tributa por esa *ganancia* extraordinaria, no fijar por decreto o resolución el impuesto que deben oblar al vender su producto al intermediario que finalmente las exportará.

<sup>151</sup> Desde orígenes remotos en 1895 como GUSTAVE LE BON, *Psicología de las masas*; posteriormente FREUD, *Psicología de las masas y análisis del yo*; REICH, *Psicología de masas del fascismo*; ZERZAN, *La psicología de las masas del sufrimiento*, etc. Por cierto, la bibliografía es amplísima y multidivergente.

<sup>152</sup> Con una importante acción estatal en la economía, *a)* desde adentro actuando como uno de sus actores importantes con un fuerte sector público; *b)* desde afuera regulándola y planificándola.

<sup>a)</sup> En el primer caso era el modo de pensar que explicamos en nuestro libro *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1966, y en *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1966, libros que nunca reeditamos porque ese tipo de pensamiento aparentemente había desaparecido del mundo. (Aunque volvimos sobre el tema en *Sistema nacional de empresas públicas*, Caracas, ONU, 1975.) No obstante, en el comienzo del siglo XXI vemos algunos países, entre ellos el nuestro, en que desde el gobierno se propugnan estas políticas que parecían consignadas al desván de los recuerdos. Otros dos países de América Latina, Bolivia y Venezuela, tienen gobiernos cuyo titular del Poder Ejecutivo expresa la voluntad de orientar la economía en lo que ahora se intenta llamar "socialismo del siglo XXI," pero no está claro de qué se trata salvo una aversión al sistema capitalista y a los países desarrollados. O tal vez, más puntualmente, la obsesión antinorteamericana: Ver GARCÍA-MANSILLA, MANUEL JOSÉ, y RAMÍREZ CALVO, RICARDO, *La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana*, prólogo de HÉCTOR A. MAIRAL, Buenos Aires, Virtudes, 2008.

<sup>b)</sup> En cuanto a la actuación desde afuera de la economía, se distinguía intervencionismo, dirigismo y planificación. La planificación reaparece en el discurso oficial, JORGE LANATA, "Por qué hablamos del «bicentenario.»" *Crítica de la Argentina*, 25-V-08, p. 4. También nos interesó en el pasado: *Derecho administrativo de la planificación*, Bogotá, O.E.A., 1967; *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, México y Buenos Aires, ed. conjunta de la Agencia para el Desarrollo (A.I.D.) y Macchi, 1973; *Introducción al derecho de la planificación*, Caracas, EJV, 1981.

<sup>c)</sup> Nosotros no hemos vuelto a escribir de uno u otro tema: en ambos casos el riesgo es caer en la "utopía regresiva" que denunciaron para otras circunstancias JULIO MARÍA SANGUINETTI y FERNANDO HENRIQUE CARDOSO y aplica a Venezuela y a nuestro país BOTANA, NATALIO R., "Los países de Iberoamérica enfrentan sus bicentenarios desigualmente," *La Nación*, 25-V-08, p. 6. O como también se ha dicho, "en algunos países tenemos rezagos de los 50 y los 60," según cuenta BIDEGARAY, MARTÍN, "Argentina, entre los más riesgosos," *Clarín*, 24-III-09, p. 17; la misma fuente señala que "La argentina tiene que pelear con su historia;" "el pasado es pasado. De cara al futuro, el Gobierno tiene que parar el deterioro de la confianza."

los intereses nacionales de cada país al que se recomendaba el respectivo modo de razonar.<sup>153</sup>

24.6. Con todo, con el correr de los últimos decenios cada vez ha quedado más claro que la división entre países desarrollados y subdesarrollados no es necesariamente la más útil para analizar la racionalidad de las conductas estatales.<sup>154</sup> Por de pronto, es claro que los países desarrollados comparten una visión de la economía que les es propia y funcional a sus intereses, pero no lo es tanto que todos los países subdesarrollados adhieran a una política económica diversa. Las grandes economías en desarrollo contemporáneas, como el grupo BRIC de Brasil, Rusia, India y China, se encuentran más próximas a los principios del grupo de países desarrollados que a los demás países subdesarrollados. Y existen también países con economías pequeñas que encuentran un mejor progreso en una adaptación a estos modos mayoritarios, por el tamaño de los mercados, de ver algunos problemas económicos.<sup>155</sup> Uruguay y Chile son dos ejemplos vecinos.

24.7.<sup>156</sup> Existe también un factor que ADAM SMITH llamó una “tolerable seguridad de la propiedad” y una “tolerable administración de justicia.” En su criterio,

<sup>153</sup> Esta discusión parecía haber quedado en el pasado pero ha retomado actualidad en el presente, en nuestro país. Lo habíamos explicado, en su momento, en *Problemas del control de la administración pública en América latina*, Madrid, Civitas, 1981.

<sup>154</sup> Hemos recordado en el cap. 1 del t. 4 de este tratado, que hoy en día es ya necesario el principio de derecho es que debe mantenerse y aplicarse al menos “una cierta racionalidad dentro de la vida administrativa;”(GOLDENBERG, LÉO, *Le Conseil d'État juge du fait. Étude sur l'administration des juges*, París, Dalloz, 1932, p. 192; RIVERO, JEAN, *La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français*, en el libro *Le Fait et le Droit. Études de Logique Juridique*, Bruselas, 1961, p. 130 y ss.) si, como es claro, el que debe resolver “en presencia de un asunto, debe, ante todo, buscar la solución justa, aquella que postulan «las circunstancias particulares de tiempo y de lugar»,” (RIVERO, “Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif,” en el libro *Pages de Doctrine*, t. I, París, L.G.D.J., 1980, p. 70; “Le huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès du pouvoir,” *Pages de doctrine*, t. II, p. 329; “Nouveaux propos naïfs d'un huron sur le contentieux administratif,” CONSEIL D'ÉTAT, *Études et Documents*, 31: 27-30, 1979/1980; RAFFO, JULIO C., *Introdução ao conhecimento jurídico*, Río de Janeiro, Forense, 1983, p. 100 y ss., “As circunstancias da conduta.” Es la “realidad social” que el abogado debe conocer, como señala CUETO RÚA, *op. cit.*, p. 160 y ss., así como su “realidad económica,” p. 168 y ss.; ver también nuestras glosas a NIETO, ALEJANDRO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003) y ello ha de hacerse a través de “la amplitud y minuciosidad de las comprobaciones.” LETOURNEUR, M., “El control de los hechos por el Consejo de Estado francés,” *RAP*, 7: 221, 223, Madrid; no queda sino el indispensable camino de “procederse a investigaciones de hecho bastante delicadas.” LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 225. Dicho más brevemente, es necesario estudiar y *conocer* el problema económico que se regula, para que la decisión sea racional. Palabras fáciles, realización extremadamente difícil para nuestros gobernantes, habituados a la improvisación y al empleo del prejuicio ideológico-económico proveniente de los finales de la primera mitad del siglo XX.

<sup>155</sup> Un caso cercano es Chile, que tanto tiene inversiones en nuestro país como nosotros tenemos inversiones en el de ellos. Por ahora es una economía más chica, aunque ciertamente más exitosa. Con el tiempo será, en esta progresión, también una economía más grande. Ese es el destino que llevamos, ir siempre avanzando hacia el pasado, que tan vívidamente expresa PEDRO MAIRAL en su novela *El año del desierto*, Buenos Aires, Interzona, 2005.

<sup>156</sup> Lo que sigue de este punto 24 es adaptación de parte de mi art. “Access to Justice, Justice, Legal Certainty and Economic Rationality, en el seminario *Values in Global Administrative Law*, París, Octubre de 2007, homenaje a GÉRARD TIMSIT y SPYRIDON FLOGAITIS, de próxima publicación.

el capital que tiene esas protecciones lleva al desarrollo económico y a la “riqueza de las naciones.” Todos sabemos que eso no es necesariamente así.

Pero hay más. J. BRADFORD DELONG explica “Revierta el proceso, sin embargo, y Usted obtiene la pobreza de las naciones.” Por eso es que, en concepto de este segundo economista contemporáneo, “simplemente nunca se materializó un gran flujo de capitales de naciones ricas a naciones pobres.<sup>157</sup> En verdad, el principal resultado fue un enorme flujo de capital desde la periferia hacia el centro rico.” “La razón es [...] que el centro [...] ofrece una forma de protección al capital contra disturbios políticos no anticipados.” Se puede argumentar según este autor, entonces, que al menos parcialmente son estas “instituciones [...] las que han hecho al centro tan rico.”<sup>158</sup>

La fuga de capitales de naciones pobres a naciones ricas, por extranjeros y nacionales por igual en los países emergentes o economías de frontera como la nuestra, nace del hecho que los propietarios del capital sienten que los países desarrollados<sup>159</sup> pueden proporcionarles una “tolerable seguridad de la propiedad” aún si las reglas cambian.

Pero no esperan que cambien tan impredeciblemente ni con tal extensión como pueden hacerlo en economías de frontera y la mayor parte de países en desarrollo. Los países pueden adherir o no al Estado de Bienestar, eso al capital foráneo o nacional no le importa; lo que le importa es una cierta medida de seguridad jurídica, de previsibilidad normativa.

Cuando ella está en peligro o desaparece, el capital huye de esos lugares a plazas que estima más seguras. Por eso es que la frase de ADAM SMITH acerca de una “tolerable” protección del capital y “tolerable” administración de justicia resulta ser una buena palabra para mostrar el límite de la zona de incertidumbre de las palabras en cualquier lenguaje.

El Estado de Derecho, el debido proceso legal, el acceso a la justicia, la garantía de razonabilidad, etc., no son solamente buenos valores legales; pueden también tener mucho sentido económico en el largo plazo, aún en el Estado de Bienestar.

Es así económicamente irracional, o al menos altamente inconveniente en terminos económicos, en el corto o largo plazo, no tener esos valores jurídicos, porque el capital va adonde considera que tiene una seguridad tolerable, y huye de los países en que ese sentido de seguridad cae por debajo de lo que ellos consideren

<sup>157</sup> Ver BARACK OBAMA, *Dreams from My Father, A Story of Race and Inheritance*, Nueva York, Three Rivers Press, 2004, cap. XVIII, pp. 400-1, 409-12, 414. Los ejemplos abundan y varían extraordinariamente, desde luego.

<sup>158</sup> J. BRADFORD DELONG, “Gambler’s ruin,” *Buenos Aires Herald*, 3-VI- 08, p. 6.

<sup>159</sup> O incluso países que sin ser plenamente desarrollados ofrecen al menos la vigencia del Estado de Derecho, como es el caso evidente de nuestros vecinos de Chile, Uruguay, Brasil, etc. Allí van a parar muchas de las inversiones de nuestros nacionales. Para advertir ese fenómeno y sus causas no hace falta ser economista ni jurista, el mero sentido común alcanza. Sin embargo sobran economistas y juristas que defienden la irracionalidad económica al amparo de un nebuloso progresismo.

admisibles. Como dicen los economistas, el capital es temeroso.<sup>160</sup> Las inversiones hundidas por supuesto no pueden huir rápidamente; pero el país que no cumple con las mínimas reglas del debido proceso no puede razonablemente esperar que se efectúen, en él, por el momento, más inversiones hundidas. Y hasta las viejas inversiones hundidas pueden venderse a pérdida a los empresarios locales amigos del gobierno, si el propietario no confía en el sistema legal, y así escapa del país de todas maneras, aunque sea a pérdida.

En Rusia, “[m]ás de \$ 30 billones de capital huyeron desde la Guerra de Agosto de 2008 en Georgia, y la declinación del rublo frente al dólar asustó a los inversores.”<sup>161</sup> Su propia previa débil tradición de *rule of law* y luego su intervención en Georgia dieron la señal a nacionales y extranjeros por igual que los axiomas recientes no se aplicaban más. No parecían aplicables por el momento la tolerable seguridad de la propiedad, la tolerable administración de justicia. Cualesquiera hayan sido las razones para el accionar de Rusia, incluyó —después del hecho— la evidencia de falta de racionalidad económica; tal como ocurrieron las cosas, la decisión fue económicamente inconveniente no sólo en el largo sino en el muy corto plazo. Acá pasó lo mismo con la confiscación de los fondos de las AFJP,<sup>162</sup> que luego deberemos indemnizar,<sup>163</sup> con la estatización de la televisación del fútbol de la AFA, y engeneral con el intervencionismo en la economía, que algunos intentan comparar al intervencionismo mundial en la crisis financiera,

<sup>160</sup> Ver CACHANOSKY, ROBERTO, “El porqué de los fracasos [...],” *La Nación*, sección *Economía & Negocios*, 22-III-09, p. 6, que en palabras más académicas explica que “la falta de respeto por las reglas de juego espanta inversiones, crea desocupación, confisca ahorros y destruye actividades económicas;” “nadie está dispuesto a invertir un peso en el país con un gobierno que arrasa con las reglas del juego;” “sin institucionalidad, no hay seguridad jurídica, y sin ésta, no hay crecimiento sostenido.” “Eso es lo que lo condena al fracaso: no entender la relación entre crecimiento e institucionalidad.” Este esquema “fracasó y no tiene retorno de su fracaso, no sólo por los disparates económicos [...], sino porque cree que un país puede crecer según la imprevisibilidad de sus caprichos y arbitrariedades.” La huída de capitales ha sido una constante en la historia argentina y aunque algunos lo atribuyen a la época menemista, lo cierto es que el proceso es constante y actual, como explica ROGELIO FRIGERIO, “¿La única jugada posible?” *Perfil*, 28-III-09, p. 21. Esta constante inestabilidad nacional ha hecho que los empresarios argentinos tengan una necesaria vocación universalista y se encuentren en todas partes del mundo, aunque mantengan su domicilio y sus afectos en el país. Lo mismo les pasa a sus intelectuales, científicos, etc.: apuestan al mundo para escapar de la constante auto destrucción nacional.

<sup>161</sup> *The Wall Street Journal*, 20-X-08, p. 10, GREGORY L. WHITE, “Russian economic recovery tested.” LUKE HARDING, “Moscow’s old communists rejoice as oligarchs look to a future of *nyet profit*,” *The Guardian*, 21-X-08, p. 13: “Los inversores externos asustados han huído, por la crisis financiera mundial pero también por la guerra en Georgia y las intervenciones del Kremlin en el Mercado.” El uso del término oligarca para referirse modernamente a empresarios que se enriquecen “de manera sorprendentemente rápida” gracias al gobierno, en este caso el ruso, es reiterado varias veces en el artículo de la revista *The Economist*, titulado “Los rusos ricos están en aprietos,” en *La Nación*, sección *Economía & Negocios*, 22-III-09, p. 6. En nuestro país por ahora se emplea la frase de capitalismo de amigos para referirse al mismo fenómeno.

<sup>162</sup> Una temprana y oportuna crítica en SARAVIA, BERNARDO y MAZZINGHI, MARCOS, “Estatización de las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones,” *LL*, 2008-F, 1389/90.

<sup>163</sup> Ver JAVIER BLANCO, “El BBVA espera que el Gobierno lo indemnice por Consolidar,” *La Nación*, sección *Economía & Negocios*, 25-III-09, p. 3.

olvidando que allí el intervencionismo fué para ayudar al capitalismo en crisis, aquí fue en perjuicio de las empresas y, en el caso de las AFJP, de los jubilados y pensionados, de los pobres e indigentes. Estos son la permanente variable de ajuste de todo gobierno, a pesar de los esfuerzos reiterados de la CSJN en sentido contrario.<sup>164</sup> Todo eso contribuye al mismo resultado negativo; aunque a veces la justicia corrija algunas de tales intervenciones,<sup>165</sup> no logra cambiar la percepción social en base a la cual el capital se mueve. A veces las señales de imprevisibilidad son excesivamente fuertes, como si se hiciera gala de la falta de cordura.<sup>166</sup>

<sup>164</sup> Ver CAYUSO, SUSANA, *Movilidad jubilatoria*, Buenos Aires, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Secretaría de Jurisprudencia, febrero de 2009.

<sup>165</sup> Así ha ocurrido con la intervención por la administración pública a una empresa privada invocando que la empresa prestaba un servicio público y se hallaba en peligro su prestación, que la CNCA, Sala I, ha anulado *in re Transportadora de Gas del Norte, Crítica de la Argentina*, 27-III-09, p. 5. A su vez la administración va utilizando los fondos que tomó de las AFJP para conseguir cargos en los directorios de las empresas que tenían aportes de las AFJP: LEANDRO RENO, "El Gobierno sigue nombrando directores en privatizadas: ayer le tocó a TGS," *El Cronista*, 27-III-09, p.9; están en la mira todas las empresas en que las FJP tenían acciones, que son al menos 24: *Perfil*, 28-III-09, p. 20: "La ANSES ocupa más cargos en las empresas en que tiene acciones;" *Fortuna*, 28-III-09, tapa: "van por todo y por todas." Es una política que se ha considerado fracasada en el mundo luego de las experiencias socialistas e intermedias, sean de planificación, dirigismo o intervencionismo. El problema no es que fracase, sino que mientras tanto mina la confianza de los particulares en el sistema, y por ende produce más retracción y que los capitales sigan buscando otros países donde invertir con mayor seguridad jurídica. Un 70% de los empresarios argentinos a través del tiempo han vendido todo o parte de sus empresas a inversores extranjeros, y han invertido ese dinero en Chile, Uruguay, Brasil, Bolivia, China, Venezuela. Ahora dejarán Bolivia y no lo llevarán a Venezuela o a la Argentina, en este estado de cosas. No es culpa exclusiva de este gobierno, sino de casi todos los gobiernos que no han brindado la seguridad jurídica "tolerable" que el capital esperaba, y de los partidos políticos de oposición que han brindado su voto para medidas inconstitucionales como la confiscación de las AFJP. Eso ha sido un caso más de irracionalidad económica colectiva, cuando uno saca las cuentas de los costos *futuros*. Todo lo que genera inseguridad atenta contra el desarrollo, y como dice el premio Nóbel de Economía EDMUND PHELPS, hasta "Adelantar elecciones es cambiar las reglas y suma incertidumbre," *El cronista*, 27-III-09, p. 7: "Es una mala idea. Sólo sirve para generar más incertidumbre porque no se sabe qué hará el Gobierno después. [...] lo mejor era [...] no cambiar las reglas porque el sector empresario queda descolocado." Ver también GONÇALVES FIGUEIREDO, HERNÁN R., "La seguridad jurídica y sus proyecciones en el derecho electoral argentino," *LL*, 2009-A, 1059. Cuanta más incertidumbre sumemos, peor nos irá como país. Conviene destacar que al proyecto se sumaron votos de la oposición, lo cual reitera el igual precedente del *default*, las AFJP, Aerolíneas Argentinas, la televisación del football, el adelantamiento de las elecciones, la intervención cautelar de la administración en las cuentas bancarias de los contribuyentes sin intervención judicial previa (PULVIRENTI, ORLANDO y URDAMPILLETA, MARIANA, "Una discusión con una tendencia y un resultado incierto: Cautelares dictada por entes recaudadores en materia tributaria," *LL*, 2008-D, 499-507). A ello cabe agregar las trabas ilegales a las exportaciones (BOMCHIL, MÁXIMO, "Los Registros de Operaciones de Exportación (R.O.E.). Su ilegitimidad," *LL*, 2008-E, 1380-2), los impuestos creados sin ley (PIZZOLO, CALOGERO, "Constitución y legalidad tributaria. Sobre las llamadas 'retenciones agropecuarias.'" *LL*, 2008-D, 942-54), el fraude estadístico, etc. Sobre este último ver GHERSI, CARLOS A., "Responsabilidad por fraude estadístico," *LL*, 2008-E, 1134-9; se intentó controlarlo por vía judicial: KUSINSKY, DARÍO E., "Cuando la Justicia sí funciona: Un caso sobre información pública," *LL*, 2008-E, 429, pero a pesar del éxito judicial en la obtención de la información no se logró todavía solucionar el supuesto falseamiento estadístico. El problema no es el gobierno y la oposición solamente, es la cultura política imperante en las clases dirigentes. "Esta es una sociedad de una enorme negligencia democrática." PEPE ELIACHEV, entrevista en *Noticias*, 28-III-09, p. 70.

<sup>166</sup> Ver FINOCHIARIO, ALEJANDRO, "La imprevisibilidad como mala política de Estado," *Clarín*, 30-III-09, p. 17.

24.8. Existen otras formas de querer diferenciar enfoques lógicos de resultados contrapuestos aplicados a una misma realidad, pero la integración mundial creciente va haciendo cada vez más difícil sostener la viabilidad de tales modos de pensar, en el mundo actual. Puede ser que haya quienes sostengan que sus razonamientos son mejores que los del resto del mundo, y los vean compartidos por otros pequeños países subdesarrollados, pero la evolución histórica va demostrando progresivamente que ellos son los que tienen resultados menos exitosos en la comunidad de las naciones.<sup>167</sup>

24.9. En suma, todo indicaría que también en materia económica nos aproximamos a una etapa de la evolución humana en que los criterios de racionalidad del comportamiento público tengan tendencia a ser universales, no porque todos los acepten sino porque quienes no los aceptan ven sus economías alejarse cada vez más de las que más éxito económico y social tienen en el mundo.

La historia de la economía de nuestro país, que hace un siglo se “comparaba” con Canadá o Australia, y hace medio siglo con Brasil, Taiwán, la India o China, hoy ya no se “compara” favorablemente con los países de Europa del Este que han entrado a la Comunidad Europea y que hace menos de medio siglo estaban con menor desarrollo que nosotros. Más aún, hay cada vez mayor cantidad de países de economías más reducidas que la nuestra que van adoptando, con buen resultado, el modelo mayoritariamente exitoso. Lo que intentaremos analizar aquí no es la demostración económica de la mayor racionalidad de uno u otro modelo económico,<sup>168</sup> sino la interacción de los valores de seguridad y justicia con los valores de racionalidad económica de uno y otro enfoque, tomando a los tres valores como valores jurídicos.

### 25. *Nuevamente, seguridad jurídica y justicia*

Empezaremos con el valor de la seguridad jurídica, que debe necesariamente vincularse con el valor justicia. Ello nos remonta al constitucionalismo alemán de la Constitución de Bonn de 1949, que da comienzo en Europa a lo que con los años juristas italianos y españoles, entre otros, vinieran a llamar el “neo constitucionalismo,” del cual PÉREZ HUALDE nos ha presentado un magnífico resumen vinculándolo al derecho administrativo.<sup>169</sup>

<sup>167</sup> FERRERES, ORLANDO, “Cuestiones pendientes,” *Perfil*, 14-V-08, p. 28: “Tenemos que estar cerca de lo que ha dado resultado en el mundo para lograr crecimiento a largo plazo, es decir por 20 años seguidos, no sólo algunos años y después volver a caer en el pesimismo [...] Necesitamos un reposicionamiento internacional consistente.”

<sup>168</sup> Un intento de explicación crítica de la falta de racionalidad económica verificable en Argentina en DAMSKY, ISAAC AUGUSTO, “Variaciones y contrapuntos en los nuevos sistemas de contratación de actividades económicas públicas en Argentina. Crisis del estado, *crony capitalism* y alteración de la gobernabilidad económica,” *op. loc. cit.* Dicho en otras palabras, se hacen prevalecer fines individuales: un ej. distante, pero por ello útil, en MARTIN, KEIR, “Magic and the myth of the rational market,” *El cronista/Financial Times*, 31-VIII-09, p. VII.

<sup>169</sup> PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y derecho administrativo,” *LL, Sup. Adm.*, 2007 (agosto) 1-18.

Ese movimiento “neo constitucionalista” y también neo ius administrativista que hoy se ha impuesto en el mundo, ha recogido también el replanteo de la filosofía del derecho que hiciera RADBRUCH, a quien debemos la aseveración fundamental que la ley puede ser contraria a Derecho y que hay un derecho por encima de la ley,<sup>170</sup> en lo que podría ser la traducción aproximada de su *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*.<sup>171</sup>

Ese criterio se emparenta tempranamente con el movimiento universal de los derechos humanos, que lleva finalmente a la supranacionalidad y supraconstitucionalidad operativa de los derechos humanos internacionales, tal como lo postulamos en 1990.<sup>172</sup>

Posteriormente el orden jurídico global se extiende a través de tratados<sup>173</sup> supranacionales e internacionales contra la corrupción,<sup>174</sup> el lavado de dinero, el terrorismo, la protección de inversiones extranjeras, la creación de tribunales *arbitrales* internacionales,<sup>175</sup> además de los tradicionales tribunales *administrativos* internacionales que ya mencionamos antes.

También marcan una aproximación fundamental al viejo y moderno *common law* inglés y constitucionalismo norteamericano, con su énfasis en la justicia natural y el debido proceso, tanto en sentido sustantivo como garantía de razonabilidad, como adjetivo en tanto *audi alteram partem*, que recibimos desde 1853 por vía del constitucionalismo norteamericano, que a su vez lo recibiera de toda la construcción inglesa de siglos. Son ociosas pues todas las discusiones académicas que quieren encontrar en la constitución española de 1812, o en la constitución alemana de postguerra, los orígenes de esa parte esencial de nuestro constitucionalismo. Podremos haber abrevado con éxito del neconstitucionalismo alemán de posguerra, pero eso no significa que el debido proceso legal en sentido adjetivo y sustantivo no haya nacido en el derecho inglés y se haya desarrollado primero en el derecho constitucional y administrativo norteamericano.

<sup>170</sup> Estamos hablando de la ley aprobada por los procedimientos establecidos en la Constitución, por el Congreso democráticamente electo, con elecciones libres y periódicas, libertad de prensa, renovación de autoridades, elecciones internas primarias, etc.

<sup>171</sup> RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, trad. de M.I. AZARETTO. Hemos recordamos este trabajo desde nuestro primigenio artículo “Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos,” en *LL*, 106: 1187, año 1962, reproducido en *Páginas de Ayer*, La Ley, año 5, n° 10, noviembre de 2004, pp. 29-39, que en este aspecto hemos mantenido inmodificado en todas las eds. de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, desde su primera ed. en 1974 hasta presente. Desde luego, en cada ed. hemos procurado perfeccionar la argumentación o darle mayores argumentos al planteo, pero nuestra idea sigue siendo la de 1962.

<sup>172</sup> “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno,” *La Ley*, 17-IV-90. Reproducido como cap. III del libro *Derechos Humanos*, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 1990, actualmente GORDILLO-FLAX, 6ª ed., Buenos Aires, FDA, 2006, cap. III.

<sup>173</sup> Que, bueno es recordarlo, no son la única ni la máxima fuente del derecho internacional.

<sup>174</sup> Nuestro art. “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” en Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10.

<sup>175</sup> Lo explicamos *supra*, cap. XVIII, “El arbitraje administrativo internacional.”

Hoy en día de pronto se advierte que el derecho universal es uno sólo, tal como trato de explicarlo en mi *Introducción al derecho* publicada en 2007 en castellano,<sup>176</sup> y en 2003 en inglés y en francés.<sup>177</sup> Cuando armé mi derecho administrativo a partir del año 1959 lo hice siguiendo esas primeras tendencias de lo que hoy se denomina neo constitucionalismo, a través de obras como la de FORSTHOFF, traducida al castellano en 1958, y los demás iuspublicistas alemanes y austríacos de la época: WOLFF, HUBER, ADAMOVICH, ANTONIOLLI,<sup>178</sup> etc.. Ya explicaba entonces, con los publicistas austríacos y alemanes, que los principios estaban por encima de la norma,<sup>179</sup> como antes lo habían resuelto los ingleses con el principio de justicia natural y los norteamericanos con la garantía de razonabilidad, que luego los alemanes escribieran como principio de proporcionalidad. En ese largo proceso se pueden mencionar muchos ejemplos en distintos países, pero todos

<sup>176</sup> *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, caps. II y X.

<sup>177</sup> *An Introduction to Law*, Londres, Esperia, 2003; *Une introduction au droit*, Londres, Esperia, 2003, ambas con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, caps. II y X. Basta una mera comparación de fechas entre la publicación de la nota anterior (2007) y las de la presente (2003), para advertir cuánto dudé en publicar en papel la versión castellana, que era la original, aparecida sólo como *e-book* en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com) Por iguales motivos diversos temas los publicamos primero en otros idiomas o al menos en otros países, y en todo caso con retardo en el propio, cada vez que advertimos, o alguien nos advierte, que pueden ocasionar escozor en la sociedad argentina. Cuando no lo advertimos o no nos lo advierten a tiempo, otros se encargan de perseguirnos durante décadas por haber hablado a destiempo. Estamos aprendiendo lentamente, hacia el final de la vida, y el lector de ojo agudo lo apreciará tanto en la versión castellana como inglesa y francesa del trabajo citado. Allí provocamos escozor afuera, a la inversa, pero al menos no nos han perseguido ni dentro ni fuera del país. Es esa indispensable cautela que debe guiar cada paso de quien escribe en el país, lo que hace más fácil que ocurran los desaguisados que comentamos en el presente artículo y lo que lleva al silencio de la sociedad argentina, de los tribunales argentinos, de la doctrina argentina: Parafraseamos, claro está, la siempre valiente palabra de MAIRAL, en “El silencio de los tribunales argentinos,” *es Publica Argentina*, Buenos Aires, 2007-3: 7/23, de quien no cabe tampoco olvidar su magistral libro *Las raíces legales de la corrupción: O de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Cuadernos RPA, Rap, Buenos Aires, 2007.

<sup>178</sup> Todavía hay quienes citan de segunda mano a ANTONIOLLI, sin haberlo leído, como el gran autor “italiano,” desconociendo que era austríaco y escribió por lo tanto en idioma alemán, no en italiano, y no fue traducido, y “olvidando” que se enteraron de él a través mío, y “olvidando” con ello también citar la fuente de 1960. Entre ellos están algunos que todavía no entienden el significado de la crítica de ANTONIOLLI al poder de policía, pero lo citan sin haberlo leído. Ese es el iusnaturalismo aplicado al revés, como fuente extranormativa de todo poder del Estado, no como fuente axiológica de derechos fundamentales. Con todo, lentamente avanza la comprensión de su significado, como se observa en las referencias de la nota 1 de la “Introducción” del t. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2007, 9ª ed., p. Int-1. Ello se observa *pari pasu* con el énfasis en el empleo de otras terminologías más neutras, como regulación económica y social, derechos individuales y sus limitaciones, etc. Un interesante ejemplo, que puede argumentarse tanto en contra como a favor de lo que aquí decimos, en LEGARRE, SANTIAGO, “*To be or not to be: ¿fumar o no fumar?*” *LL, Sup. Const.*, 2007, que recomendamos muy especialmente. Se podía en la especie hablar tanto a) del derecho del fumador y del no fumador, como b) del poder de policía o la policía de la salud pública en materia de fumar en público. Nuestra posición es que resulta más claro no introducir la terminología b) que objetamos, y hablar en su lugar simplemente, a) de los derechos en juego y sus limitaciones. Es la que utiliza, de hecho, el autor señalado.

<sup>179</sup> Era la 1ª ed. de nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, que luego mantuvimos en todas las ediciones del *tratado*.



van convergiendo hacia un punto común, que puede también remontarse hasta el derecho romano.<sup>180</sup>

## 26. *Sus raíces inmediatas en el neoconstitucionalismo*

En todo caso, ese neo constitucionalismo y supra constitucionalismo viene a superar el positivismo del previo siglo XX y parte del XIX y a reconocer que los grandes valores jurídicos están por encima de la norma nacional positiva.

## 27. *La persistencia de los valores del pasado en los ordenamientos jurídicos nacionales*

Pero una cosa ha sido reconocerlo y otra muy distinta transformarlo en una realidad verificable. La violación sistemática de aquellos principios por los gobiernos de facto perdura en los gobiernos *de iure* hasta en la terminología, ya que en la Argentina aún se sigue llamando “leyes” a los actos de efectos legislativos dictados por las dictaduras militares que tanto se dice condenar por sus crímenes de lesa humanidad.<sup>181</sup> Es cuanto menos una flagrante inconsecuencia. También parece advertirse que gobiernos civiles electos no logran constituir un Estado de Derecho regido por el *rule of law*. Están convencidos, equivocadamente, que con las elecciones basta y sobra. No es así en el mundo, no debe ser así acá. Hay gobiernos civiles fruto de elecciones libres, de los cuales es posible preguntarse si se comportan como gobiernos *de iure* o de facto. La existencia y actuación firme del Poder Judicial no siempre alcanza a ser eficaz para reencausar el derecho

<sup>180</sup> Es la contraposición acerca del modo de ver el derecho entre la mayoría doctrinaria romana y el CICERÓN y el pretor romano. Ver ALLAN WATSON, *The Spirit of Roman Law*, Atenas y Londres, The University of Georgia Press, 1995, apéndice A, “Cicero the Outsider,” pp. 195-200, esp. pp. 197-9. La doctrina dominante del antiguo sistema romano es explicada en las pp. 71, 73, 79, 83, 89, 93, y en el cap. 8, “Jurists and Reality,” pp. 88-100, etc.; FLOGAITIS, “The General Principles of Law in the Jurisprudence of the United Nations Administrative Tribunal,” en prensa, § I.

<sup>181</sup> GORDILLO, AGUSTÍN y CAMPOLIETI, FEDERICO, “Un debate epistolar y generacional,” *LL*, 2006-F, 892; MILJIKER, MARÍA EVA, “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” en *LL, Sup. Adm.*, 2006 (diciembre), 59-61; DIANA, NICOLÁS, “La fuerza de las palabras o las palabras de la fuerza,” *RPA*, 2007-1: 90; YACOVINO, CECILIA, “De la crisis del poder al poder de la crisis,” *RPA*, 2005-1: 99; “Otra mirada sobre el debate Gordillo-Campolieti,” *RPA*, 2007-1: 83. Luego de este debate se ha comenzado a observar un *ligerísimo* progreso, en el cual es ya no demasiado raro encontrar artículos de doctrina y hasta periodísticos que llamen decreto-ley a algunos de los primeros actos legislativos del gobierno militar iniciado en 1966 y terminado en 1972. Pero esa calificación es aplicada a los primeros actos legislativos de ese gobierno militar, no a los últimos que fueron tan numerosos, entre ellos el recordado decreto-ley 19.549/72, que tanta gente se empeña en llamar “ley.” En cuanto al gobierno de 1976-1983, el vocablo se aplica a los actos legislativos que se desea vituperar, por ejemplo el relativo a los medios de difusión, pero no a los demás. “Decreto-ley” en este sentido no tendría el sentido de de acto legislativo criticable *per se* de un gobierno de facto, sino el más específico de acto legislativo criticable en función de cómo un gobierno de facto regula el tema. En lugar de referirse al sujeto y a la materia, se le agrega un contenido que debe ser especialmente vituperable, para recién entonces sí llamarlo “decreto-ley.” La terminología anda lenta, pues, como se observa con los DNU y demás prácticas legislativas contemporáneas de gobiernos que nacen *de iure* y actúan *de facto*.

violado.<sup>182</sup> Los ejemplos empiezan a sumarse en América Latina: Cualquiera sea su justificación interna, su resultado macroeconómico será, en este contexto, desfavorable.

28. *El sometimiento del país a tribunales internacionales y extranjeros, y a redes intergubernamentales internacionales*

Hay algunos valores económicos que son también jurídicos, por ejemplo que cuando un país es condenado en tribunales internacionales cuya jurisdicción consintió, debe honrar las sentencias condenatorias de tales tribunales.

También es cierto que cuando los adquirentes de bonos argentinos no aceptan el canje ofrecido por el gobierno argentino en el 2005 luego del *default* de 2001, se transforman en *holdouts* que persiguen sus créditos en tribunales extranjeros y obtienen allí medidas cautelares.<sup>183</sup>

Y que los que aceptaron el canje se vieron defraudados cuando el gobierno unilateralmente modificó las condiciones del canje cambiando el índice de actualización del INDEC, pues a su juicio se trata de un nuevo *default*.

Al cual cabe sumar el *default* con el Club de París, que hace que los empresarios de Europa no puedan invertir en el nuestro con créditos blandos de sus propios países, precisamente por nuestra calidad de deudores en *default*. Por eso calleron proyectos como el del tren bala, además de que no tuvieron una demostrada racionalidad económica y social, y nunca se hizo audiencia pública sobre

<sup>182</sup> Un ejemplo de ello en MILLÓN, JOAQUÍN, “Triunfos de papel. A propósito de Viceconte,” *LL, Supl. Const.*, marzo de 2009, pp. 1-10. Pero, a la inversa, se dan casos en que el Poder Ejecutivo, citando la jurisprudencia y doctrina en contra de la delegación legislativa, veta el inciso de una ley que se la acordaba: ley 26.492, art. 5º, inc. g) y art. 1º del decreto 248/09, *B.O.* 31-III-09. Lo cual demuestra, quizás, que a veces los mensajes llegan.

<sup>183</sup> Tenemos embargos externos en juicios iniciados fuera del país por tenedores de bonos que no se acogieron al canje del año 2003, llamados *holdouts*, y por los fondos confiscados a las AFJP (*megakleptomanía*, según SOLTYS, MICHAEL, “Going against the grain,” *Buenos Aires Herald*, 1º-III-09, p. 3), a los que habrá que agregar los embargos que vendrán por juicios perdidos en el CIADI, según ADRIÁN VENTURA, “Condenan al país a depositar una garantía de US\$ 75 millones,” *La Nación, Economía & Negocios*, 7-III-09, p. 1. Se nos impuso esa obligación como condición para tramitar un recurso de nulidad, “debido a los antecedentes que el país tiene de no cumplir las condenas que recibe,” lo que llevó al tribunal “a resolver que la empresa que gana puede exigir el pago de la condena ante cualquier tribunal extranjero.” Según esta fuente, el fallo indica que “La postura de la Argentina pone de manifiesto que, de hecho, no cumplirá con su obligación de acatar un laudo en favor de Sempra,” que es la parte actora. VENTURA, por su parte, sostiene que el fallo *Sempre* “trasluce una fuerte desconfianza hacia el país.” Entre los antecedentes menciona el caso *CMS*, en que a pesar de haber perdido el recurso de anulación del fallo, el país no cumplió el laudo arbitral; también el caso *Enron*, y el caso *Vivendi*, en que le pidieron también una garantía que hasta el presente no habría sido cumplida. El fallo *Enron* se encuentra en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Enron-Stay.pdf>, en lo que podría ser el primer antecedente de *Sempre*, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, ICSID Case No. ARB/02/16, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListPending> aunque las noticias están dispersas. Las normas internacionales objeto de controversia se pueden consultar en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp> Más información pública sobre estos procedimientos en [http://ita.law.uvic.ca/chronological\\_list.htm](http://ita.law.uvic.ca/chronological_list.htm)

el proyecto. Mucho mejor invertiríamos ese dinero en parques eólicos como La Rioja y EE.UU., para ahorrar gastos en energía y liberar fondos para propósitos sociales.

Tenemos hasta allí varias categorías de acreedores externos que pueden hacer valer sus créditos en tribunales extranjeros, lo que nos impide llevar bienes del Estado argentino al exterior, ni siquiera cuadros, so pena de que sean embargados, como lo han sido los fondos de las AFJP que el Estado nacionalizara y el Juez GRIESA de Nueva York embargara a favor de los *holdouts*.

Si ya ni las obras de arte podemos llevar al exterior,<sup>184</sup> cómo se explica que nacionalicemos Aerolíneas Argentinas,<sup>185</sup> que en este panorama no podrá realizar viajes comerciales<sup>186</sup> al exterior, por lo menos no a ningún país desarrollado donde sus bienes puedan ser objeto de embargo por las múltiples acreencias contra nuestro país.<sup>187</sup> Es el Congreso de la Nación, con el voto de la oposición, el que estatiza Aerolíneas Argentinas, ignorando que el país después deberá negociar con el país de donde provienen los capitales expropiados.<sup>188</sup> Los ejemplos abundan, pasando por la estatización de la televisión del football de la AFA, la prórroga de las facultades delegadas,<sup>189</sup> etc.

En esa tendencia, un informe del Ministerio de Defensa explica tardíamente en el año 2009, ante una denuncia periodística, la existencia del Decreto Se-

<sup>184</sup> Ver GARCÍA, FERNANDO, "El arte argentino no puede viajar: temen embargos de bonistas europeos," *Clarín*, 26 de febrero de 2009, p. 30.

<sup>185</sup> Ver NEGRE DE ALONSO, LILIANA T., "Por qué Aerolíneas Argentinas debió ser declarada en quiebra," *LL*, 2008-F, 904-16.

<sup>186</sup> Distinto es el caso en que se utilicen sus aeronaves para visitas oficiales de nuestro primer mandatario, en que se le aplica la inmunidad soberana por deferencia al dignatario visitante, mientras esté en ejercicio del cargo; no ya después. Todo ello, salvo que se trate de delitos de lesa humanidad, en los cuales la Corte Penal Internacional, al ordenar la prisión preventiva del presidente de Sudán en ejercicio, obviamente no le reconoce privilegio alguno de inmunidad soberana. Se pueda o no arrestar materialmente al presidente de Sudán, el precedente ya queda establecido en materia de inexistencia de inmunidad soberana.

<sup>187</sup> Quizás por eso afirma JAVIER LIFA, "Brazilian credit for Aerolíneas no surprise," *Buenos Aires Herald*, 26-III-09, p. 4, que el plan es incrementar el servicio en los vuelos domésticos y regionales. Hay un cierto paralelismo con la restricción de vuelos que se autoimpone el presidente de Sudán, que comentamos en este mismo art.

<sup>188</sup> Eso es exactamente lo que hacemos nosotros gestionando ante Venezuela que acuerde el pago de una expropiación de ese país a una empresa privada del nuestro, como se informa en *Crítica de la Argentina*, 25-III-09, p. 11; todo ello parte de un acuerdo suscripto con los gremios argentinos UOCRA y UOM para que una subsidiaria local retomara el ritmo originario de las obras del alto Horno I en la siderúrgica de San Nicolás, según *La Nación, Economía & Negocios*, 25-III-09, p. 6, "Venezuela anunció un acuerdo para el pago de Sidor." Tal gestión gubernamental en el exterior para una empresa privada constituye una práctica internacional generalizada y vigente desde hace mucho tiempo. Así fue que, hace más de medio siglo, hubimos de pagar finalmente la indemnización por la caducidad de la concesión en el Puerto de Rosario, ante el reclamo de las entidades financieras de los países que luego formaron el Club de París. Como han dicho ex presidentes nuestros, "No sabía que el mundo estaba tan internacionalizado."

<sup>189</sup> En todas las eds. de este t. 2 desde 1994 hemos señalado el problema y sugerido la solución, sin éxito alguno, Hemos vuelto sobre el tema en "24 de agosto de 2009: ¿El Congreso asumirá su responsabilidad?" *LL*, 14-VIII-09, Opinión de los Directores," pp. 1-2.

creto 628/08, por el cual se traspasaron al Estado las acciones de una empresa privada de dicha área;<sup>190</sup> un anuncio presidencial publicita del todo la cuestión, y se informa que el costo inicial va acompañado, paradójicamente, de un recorte presupuestario del 20% de la cartera.<sup>191</sup> Es que para hacer políticas keynesianas hacen falta reservas de libre disponibilidad o capacidad de endeudamiento, ninguna de las cuales tenemos en este momento.<sup>192</sup>

28.1. Hay muchos delitos que nuestro país ha aceptado que quedan sometidos a la jurisdicción universal, en el sentido que cualquier juez de cualquiera de las partes es competente para juzgar de ellos, aunque no hayan acaecido en el territorio del país cuyo juez asume jurisdicción. Es el caso del terrorismo, narcotráfico, lavado de dinero y corrupción. Que los terroristas, narcotraficantes y lavadores de dinero ilegal queden sometidos a la jurisdicción universal puede no parecer novedad, pero tampoco lo es en verdad el caso de la corrupción, que los tratados internacionales vinculan directamente a los otros delitos. Como la corrupción se comete utilizando el aparato del Estado, entonces no está muy distante el momento en que se consideren delitos de lesa humanidad, por ende imprescriptibles y también sujetos a la jurisdicción universal. Igual ocurre, con agravantes, con el intento de blanqueo de capitales condicionado solamente a una declaración “jurada”<sup>193</sup> de que los fondos declarados no son de origen ilegal, lo que obligó en

<sup>190</sup> Ver CUATTROMO, OSCAR, “Un proyecto de recuperación aeronáutica sin secretos,” *Crítica de la Argentina*, 21-II-09, p. 8 y sus referencias. Pocos días después se deja traslucir un proyecto de ley para comprar acciones de la empresa, según MARENGO, BETTINA, en *Perfil*, 1º-III-09, p. 9; AGUILERA, EDGARDO, “Nueva pelea por la estatización aeronáutica,” *Ámbito Financiero*, 18-III-09, p. 5. Queda claro una vez más que, como hemos dicho, la administración “no pierde la facultad de contratar directamente, pierde la facultad de hacerlo en forma secreta y sin debate,” citado por DAMSKY, ISAAC AUGUSTO, “Sobre la vigencia de los principios de la organización administrativa,” *Aída, Ópera prima de derecho administrativo, opus* n° 4, 2008, México, pp. 68-112, esp. p. 103.

<sup>191</sup> AGUILERA, EDGARDO, “Podan presupuesto a Fuerzas Armadas,” *Ámbito Financiero*, 23-III-09, p. 19; “Cristina firma estatización aeronáutica,” *Ámbito Financiero*, 17-III-09, p. 6. Los detalles de la operación son más complejos que esta escueta enunciación, pero en cualquier caso ilustran la tendencia estatizante en el medio de la escasez creciente. Ver la nota siguiente.

<sup>192</sup> Hay alguna que otra excepción, como el financiamiento de 700 US\$M que nos da el Bndes de Brasil a 12 años de plazo para la compra de aviones a Embraer, a ser construidos en parte en la nueva planta estatizada de Lockheed Martín en Córdoba, según explicamos en la nota anterior. Ver “Brasil prestará US\$ 700 millones para Aerolíneas,” *La Nación*, sección *Economía y Negocios*, 25-III-09, p. 3. Al mismo tiempo el gobierno debe tomar un contrato para la adquisición de una flotilla de aviones Airbus, que había encargado el grupo Marsans, gracias a la gestión del gobierno español que le consigue al país, para la compra, un crédito de US\$M 2.000 pagadero a diez y quince años, para de ese modo indemnizarle a Marsans: LUIS CERIOTO, “Estaría más cerca un acuerdo con Marsans por Aerolíneas,” *Clarín*, 26-III-09, p. 16. Así funciona el constante crecimiento de la deuda externa.

<sup>193</sup> Ley 26.476. PINTO, HUGO J., “Ley de blanqueo. Para ponerse en regla: regularización impositiva y provisional. Suspensión de la acción penal,” *LL, Supl. Penal y Procesal Penal*, 17-III-09, pp. 1-7; MAZZINGHI, MARCOS, “El ‘blanqueo’ de capitales ante principios constitucionales,” *LL*, 3-III-09, pp. 1-3; SARAVIA FRÍAS, BERNARDO y MAZZINGHI, MARCOS, “El blanqueo de capitales y los efectos sobre la ley penal cambiaria,” *LL*, 18-III-09, pp. 1-4. Como si el mundo ignorara el poco valor que damos a la palabra, a tal punto que el gobierno es el primero en incumplirla. En palabras de GEORGE FRIEDMAN, “confianza es la palabra que produce mayor desarrollo económico,” según referencia de FONTEVECCHIA, JORGE, “Por qué sube el dólar si EE.UU. está en crisis,” *Perfil*, 7-III-09, pp. 68 y 18.

2009 a enviar una misión oficial de rango ministerial a París a dar explicaciones al GAFI, Grupo de Acción Financiera Internacional, órgano intergubernamental de la OCDE que controla gran parte del lavado de dinero en el mundo.<sup>194</sup> Los Estados modernos actúan a través de redes formales e informales, entremezcladas con otras instituciones internacionales pero coordinadas entre sí.<sup>195</sup> En el caso del GAFI, es una red formal de las grandes economías, que representa al mundo desarrollado. Es similar, para el lector de un país emergente o de economía de frontera como el nuestro desde el año 2009,<sup>196</sup> al Club de París y organizaciones o redes similares. Si bien las noticias oficiales locales dieron el tema por concluido, lo cierto es que el GAFI enviará al país una misión en el 2009 para evaluar si efectivamente es cierto que el fin es solamente recaudatorio, si se cumple la “condición de que los propietarios de esos fondos demuestren a las autoridades financieras y fiscales de dónde salieron,” en palabras del presidente del GAFI.<sup>197</sup> En otras palabras, estamos bajo observación y en la mira del mundo desarrollado, donde nuestra calificación ha sido rebajada a la de economía de frontera, el

<sup>194</sup> Lo explica FERNÁNDEZ LAMELA, *op. loc. cit.*, p. 774. El sitio oficial es [www.fatf-gafi.org](http://www.fatf-gafi.org)

<sup>195</sup> CARRERA, JORGE, “Nueva arquitectura financiera mundial,” *Clarín*, 5-IV-09, sección *Economía*, p. 4, informa de la actuación coordinada, a partir del G-7 y el G-20, a) del financiamiento y monitoreo macroeconómico a cargo del FMI, BM, BIS, *Bank of International Settlements*, y los bancos regionales de inversión y b), las regulaciones financieras coordinadas en la nueva red FSB, *Financial Stability Board*, creada por el G-20 en Londres en abril de 2009, y los ya existentes Comité de Basilea, ISSB, *International Accounting Standards Board*; IOSCO, *International Organization of Securities Commissions*; IAIS, *International Association of Insurance Supervision*, más las regulaciones contra el lavado de dinero de FATF, las normas de la OCDE contra el secreto fiscal y bancario, etc. Este fortalecimiento del sistema internacional fue desde luego suscripto por nuestro país en el G-20 de Londres en 2009, e integramos el FSB, aunque internamente funcionemos como un capitalismo sin sistema financiero que dé créditos importantes en relación al PBI (apenas un 15% de él), en forma similar a lo que ocurre en México, Perú, Marruecos, Ruanda y Haití, y a diferencia de lo que ocurre en la OCDE (120%), Chile (80%), etc.: Ver DONATO, VICENTE, “Las pymes padecen el ‘capitalismo sin sistema financiero’ de la Argentina,” *Clarín*, 5-IV-09, sección *Economía*, p. 5. La gran cantidad de organizaciones internacionales existentes, de las que sirve como muestra las sometidas al Tribunal Administrativo de la OIT: <http://www.ilo.org/public/english/tribunal/membership/index.htm> implica un constante contacto y acuerdos internacionales para todo tipo de problemas. Para el próximo tratado que habrá de seguir al de Kyoto a su vencimiento en el 2012, cuyos trabajos comenzarán formalmente en Copenhage en 2009, ya están trabajando los legisladores de las economías grandes, en GLOBE, *Global Legislators Organization*, a través de la *International Commission on Climate Change and Energy Security*. La idea de reunirse los legisladores primero es para tratar de llegar a los acuerdos políticos que luego permitan su ratificación por todas las partes, especialmente el Congreso de los EE.UU., cuyo Senado rechazó el tratado de Kyoto por 95 votos a 0: “G20 leaders wrangle over Kyoto successor,” *The Buenos Aires Herald*, 6-IV-09, suplemento *World Trade*, p. 10. La comisión legislativa internacional se reunió dos días en abril de 2009 en Washington, D.C., y lo seguirá haciendo para elevar un informe previo a la reunión de Copenhage.

<sup>196</sup> Con todo, no deja de tener interés que la misma calificadora de riesgo que nos ha bajado a tal punto la calificación a nivel nacional, le ha puesto la calificación máxima, “AAA,” al Gobierno de la CABA, lo que le ha permitido acceder *per se* al mercado de capitales, sin un costo desorbitante, como explica LEANDRO GABIN, “Macri, la revancha: consiguió casi el doble de los fondos que buscaba,” *El Cronista*, 13-III-09, p. 3.

<sup>197</sup> CORRADINI, LUISA, “No basta tener una buena ley, hay que aplicarla correctamente,” *La Nación*, 1º-III-09, p. 10.

típico *Far West* de los clásicos *westerns*. Si como aviso no alcanza... Es parte del fenómeno que hoy en día se da en llamar globalización del derecho.<sup>198</sup>

Otro efecto es que aquel mismo tema fue incluido en el informe del año 2009 de la CIA sobre las economías mundiales, lo que hizo que el embajador argentino en Washington protestara y el titular del organismo le llamara telefónicamente para excusarse, según nuestros diarios.<sup>199</sup> Pero aún la versión local aclara que la opinión de los EE.UU. se terminará de perfilar según cuál sea nuestra intervención en las siguientes cumbres presidenciales,<sup>200</sup> en tanto y en cuanto se nos invite.<sup>201</sup> Al momento de recordarlo, desde luego, la cuestión ya no es materia de órganos de control administrativo, sino de historiadores o de jueces penales; pero la aceleración de las comunicaciones hace que las autoridades locales ahora puedan sentir el aliento del mundo en la nuca. No siempre se hallará delito en los eventuales errores o incluso desatinos de las autoridades públicas; lo mejor es

<sup>198</sup> Ver el t. 1 de este *Tratado...*, 10ª ed., Buenos Aires, FDA, 2009, cap. V, § 5 y sus referencias bibliográficas. Por más que hayamos creído escapar al monitoreo del FMI al cancelarle el total de la deuda hace unos años, ello funciona sólo en el corto plazo, pues ahora no podemos renegociar la deuda con el Club de París sin contar aún con el monitoreo del FMI, que recomenzará sus visitas en el 2009, a requerimiento del propio gobierno; no será fácil pasar ese examen, pues una de sus condiciones actuales es que el país tenga “pilares económicos y un marco institucional sólidos.” RAFAEL MATHUS RUIZ, “El FMI flexibiliza sus créditos, pero la Argentina sigue lejos,” *La Nación, Economía y Finanzas*, 25-III-09, p. 1.

Debemos rendir examen al GAFI, sin perjuicio que nuestro comportamiento es también objeto de análisis externo en la reunión del G-20 en Londres, y en la siguiente cumbre de presidentes. Se había dicho “que la participación del país en la cumbre del G-20 le resta credibilidad al encuentro,” *El Cronista*, 13-III-09, p. 4, “Argentina formará parte del selecto Foro de Estabilidad Económica.” Dice ABEL POSSE “Es un país sin crédito ni prestigio internacional que casi de chirimbola continúa en el grupo:” Ver “No debe ir a dar lecciones,” *Crítica de la Argentina*, 30-III-09, p. 14. Afortunadamente no dimos ninguna nota discordante.

Las redes se hacen y deshacen, cambian y entremezclan de acuerdo a las circunstancias: el flamante Foro de Estabilidad Económica o *Financial Stability Forum*, coordinado con el FMI (*The Buenos Aires Herald*, 13-III-09, p. 2) fue sustituido en la reunión del G-20 en Londres en abril de 2009 por un nuevo *Financial Stability Board*, FSB, ahora incluyendo a todo el G-20 más España, la Comisión Europea y los demás miembros del anterior FSF, *Financial Stability Forum*: “Excerpts from the G-20 communiqué,” *The Buenos Aires Herald*, 3-IV-09, p. 6. El BRIC se reunió antes del G-20 de abril en Londres para fijar una posición común allí. Nosotros no estamos en el BRIC, y en definitiva la posición del MERCOSUR y toda la región la asume de hecho Brasil ante el foro internacional. Así funcionan las redes. La simbología cuenta: En la foto oficial Lula fue situado a la izquierda del primer ministro británico, y en la foto con la reina el primer ministro estaba a su derecha y Lula a su izquierda, el mismo lugar que antes ocupó en EE.UU. a la izquierda de su presidente, y recibió cálidos elogios públicos del nuevo presidente en Londres.

<sup>199</sup> BARON, ANA, “EE.UU. revisará un documento crítico sobre la Argentina,” *Clarín*, 1º-III-09, p. 3 y nota de tapa. En la p. 4 una nota sin firma dice: “La CIA pidió disculpas al Gobierno por sus dichos acerca de la economía,” donde se recogen los dichos de nuestro embajador en Washington. Nosotros no sabremos inglés, pero nos comportamos como si los demás no supieran castellano. Mientras tanto, un escritor perfectamente bilingüe gana el Premio Pulitzer con una novela en que mezcla los dos idiomas en lo que denomina *Code-switching*, no *Spanglish*: Igual diario, pp. 44/5.

<sup>200</sup> CANTON, MARCELO, “Dos gestos desusados,” *Clarín*, 1-III-09, p. 3, recuadro.

<sup>201</sup> Pues no estará demás advertir que en la siguiente cumbre del G-8 en Italia en el mismo año 2009 estaban México, Brasil, Sudáfrica, etc., como países invitados, hasta Libia, pero no nosotros. Así obremos, así nos irá.

prevenirlos y evitar su repetición. En todo caso, bueno es tener presente que una contratación o un gasto ineficiente es ahora ilegal, a partir del art. III inc. 5° de la CICC.<sup>202</sup> La corrupción y delitos conexos es susceptible de ser juzgada en una jurisdicción extranjera, p. ej., la de EE.UU.<sup>203</sup> y como además se comete desde el Estado finalmente terminará siendo considerada delito de lesa humanidad, por ende imprescriptible, también por nuestros tribunales.

No solamente los bienes estatales no pueden viajar al exterior so pena de ser embargados para satisfacer parte de nuestro *default* externo, sino que pronto

<sup>202</sup> Ello, sin perjuicio que en el país va creciendo pretorianamente la calificación de lesa humanidad a delitos que antes no se calificaba de ese modo, como el estaqueamiento y la tortura a los propios soldados subordinados, como lo ha declarado el juzgado federal de Comodoro Rivadavia de EVA PARCIO DE SELEMMNE, *in re Juan Carlos Gómez*. Ver DELFINO, EMILIA, “El ex soldado que se animó a denunciar torturas en Malvinas,” *Perfil*, 1°-III-2009, p.12; otra causa tramita ante la justicia de Río Grande, en base a las denuncias contenidas en VASSEL, PABLO ANDRÉS, *Corrientes en Malvinas*. Lo mismo puede llegar a ocurrir, según vimos, con la corrupción, el lavado de dinero, el terrorismo y el narcotráfico.

<sup>203</sup> Ello, sin perjuicio que en el país va creciendo pretorianamente la calificación de lesa humanidad a delitos que antes no se calificaba de ese modo, como el estaqueamiento y la tortura a los propios soldados subordinados, como lo ha declarado el juzgado federal de Comodoro Rivadavia de EVA PARCIO DE SELEMMNE, *in re Juan Carlos Gómez*. Ver DELFINO, EMILIA, “El ex soldado que se animó a denunciar torturas en Malvinas,” *Perfil*, 1°-III-2009, p.12; otra causa tramita ante la justicia de Río Grande, en base a las denuncias contenidas en VASSEL, PABLO ANDRÉS, *Corrientes en Malvinas*. Lo mismo puede llegar a ocurrir, según vimos, con la corrupción, el lavado de dinero, el terrorismo y el narcotráfico.

En el caso de quienes tienen orden de arresto por la Corte Penal Internacional, ya citamos los dichos del Fiscal Luis Moreno Ocampo: “En cuanto al Bashir vuela por cielos internacionales, cualquier gobierno podría desviar su avión y él ser arrestado.” *Clarín*, 5-III-09, p. 21. Si no son procesados aquí, en todo caso tampoco pueden viajar libremente, como es el caso del ex funcionario argentino que fue detenido en México y condenado en España, o de los ex funcionarios y particulares que fueron apresados y condenados en los EE.UU.: *Piana, Suárez Mason*.

A su vez, *Al Kassar* es un ciudadano argentino naturalizado que fue capturado en España y extraditado a EE.UU., donde recibió una condena a 30 años de prisión por vender armas al terrorismo, mientras aquí sigue tramitando un proceso por un delito mucho menor: HERNÁN CAPIELLO, “La justicia argentina condenará a Al Kassar después de 17 años. El traficante, ya condenado [a 30 años] en Estados Unidos, recibirá [en el país] una pena mínima,” *La Nación*, 5-IV-09, p. 15.

Las noticias de estas condenas de argentinos en el exterior tienen poco impacto en la prensa local, seguramente por un dejo de pudor al no haberlo hecho nosotros antes. Pero merecerían ser más destacadas por su significación empírica respecto a la evolución hacia un orden jurídico mundial y la jurisdicción internacional o extranjera. Hay también ex funcionarios argentinos con condenas firmes en el exterior cuya extradición inicialmente no aceptamos pero que muchas veces son posteriormente procesados en el país. (*Astiz* y otros.) Es interesante señalar que en tanto en *Priebke* la Corte tuvo en cuenta que la calificación del delito como de lesa humanidad no correspondía al país requerido, se han negado extradiciones de funcionarios o ex funcionarios juzgados en rebeldía, *in absentia*, algo que nuestros tribunales no admiten (salvo, entre otros, en el caso de *Al Kassar*) pero los de los países requirentes sí.

Los puntos 4 y 5 del fallo *Priebke* son claros: “4. Que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del *ius cogens* del Derecho Internacional. 5°) Que, en tales condiciones, no hay prescripción de los delitos de esa laya y corresponde hacer lugar sin más a la extradición solicitada.” De todas maneras, se advierte un endurecimiento de la condena nacional, y así la CSJN, *in re Etchecolatz*, habría ratificado que quienes cometen delitos de lesa humanidad deben cumplir la pena en cárcel común, independientemente de la edad del represor, sin poder entonces acceder a la prisión domiciliaria por razones de edad, *Crítica de la Argentina*, 25-III-09, p. 9; *Buenos Aires Herald*, 25-III-09, p. 3.

tampoco los ex funcionarios podrán viajar libremente al exterior, donde se les pedirá cuenta de sus posibles delitos en la función pública nacional en los casos de corrupción y una de sus manifestaciones más sensibles, el enriquecimiento patrimonial no justificado por los sueldos y demás remuneraciones que son el ingreso exclusivo que se puede tener en la función pública, ya que ella es por ley de dedicación exclusiva y excluyente, como ocurre con los cargos ministeriales y presidenciales; o sus secretarios, choferes, parientes, conocidos y amigos. Es materia de muy difícil prueba, pero a veces el crecimiento patrimonial desmedido de los gobernantes y/o sus familiares y personal dependiente consta por escritura pública. Allí la presunción legal jugará efectivamente en su contra, como por lo demás también lo establece el Código Penal Argentino.

Podemos instalarnos en el presente y desde allí escudriñar el futuro, o mirar empecinadamente al pasado y argumentar cuanto se nos pueda ocurrir para negar el mundo y afirmar la excepcionalidad argentina. Pero no podemos dejar de mirar los hechos tal cual ellos son, o nuestros sueños de hoy serán nuestras pesadillas de mañana. Argumentos no faltan para una u otra teoría, es cuestión de resolver casi intuitivamente si uno cree que la Argentina primará sobre el mundo o el mundo sobre la Argentina. En Ustedes está resolver cómo se instalan frente al pasado, pues ya pueden mirar al futuro con la juventud del corazón y la lucidez de la mente: Tenemos la posibilidad de soñar con realidades ya tangibles, que van dando un claro matiz de esperanza hacia el creciente orden jurídico mundial, en un mundo del cual aprovecharemos lo mejor de su derecho, para un país al cual nosotros también daremos lo mejor de lo que tenemos. Demos rienda suelta a la inspiración, seamos optimistas en el pensamiento, en la palabra y en la acción, no para “marchar a nuevas y distintas utopías,”<sup>204</sup> sino para seguir en el camino emprendido.<sup>205</sup>

<sup>204</sup> La frase pertenece a GUIBOURG, RICARDO A., “El desconcierto de las naciones,” *LL*, 2008-E, 1383-5.

<sup>205</sup> Nuestro brillante y joven amigo NICOLÁS DIANA ha observado epistolarmente el giro copernicano en este último medio siglo en una contrucción del derecho administrativo latinoamericano más cercana al hombre y al ciudadano —dejando de lado la concepción prehistórica como derecho al servicio del poder de turno— y sugiere que le seguirá con el tiempo la construcción de un derecho administrativo sin fronteras físicas. Ya existe *Médecins Sans Frontières*. ¿Por qué no podemos seguir soñando? Más allá de los retrocesos puntuales, algunos muy evidentes, es también visible el ancho camino que la mayor parte del mundo va tomando. Allí quisiéramos ubicar nuestro pensamiento.