

La creciente internacionalización del derecho.

Consecuencias en el régimen de las *fuentes* del ordenamiento jurídico interno^{*1}

^{1*} Este trabajo fue presentado en el marco de las Jornadas Internacionales “Globalización, crisis argentina, reforma de la regulación y seguridad jurídica,” organizadas por la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, RAP*, en su 25º aniversario, en Buenos Aires, en noviembre de 2003.

^{**} Profesor de Derecho Administrativo (UBA.) Magistrado de los Tribunales Administrativos del FMI y de la OEA. Ex Decano de las Facultades de Derecho de las Universidades Nacionales de Buenos Aires y La Plata.

Para mayores detalles, puede verse nuestro *Tratado de Derecho administrativo, Parte General*, cap. VI, “Fuentes supranacionales,” t. 1, Buenos Aires, *Fundación Derecho Administrativo (FDA)*, 2003, 8ª ed., y México, Porrúa, 2004, 9ª ed. También, diversos trabajos que hemos publicado al respecto a lo largo del tiempo:

a) “El contrato de crédito externo,” en la *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1982, 97: 423-449; reproducido en el libro *Contratos Administrativos. Contratos especiales*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 1982, pp. 187-226. Reproducido, también, como cap. IV del libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 1996 y 1998;

b) “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno,” *LL Actualidad*, 17-IV-1990. Reproducido como cap. III del libro *Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1990, 1ª ed., actualmente 1999, 4ª ed.;

c) “La creciente internacionalización del Derecho y sus efectos,” *LL* 1995-D, p. 277, nota al fallo de la CSJN *Cafés La Virginia*, reproducida en nuestro libro *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 1999;

d) “Un día en la Justicia: Los amparos de los Art. 43 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional,” *LL*, 1995-E, p. 988. Reproducido, con modificaciones, bajo el título “Los amparos de los Art. 43 y 75, inc. 22 de la Constitución,” como cap. IX de la segunda ed. del libro *Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1996. Igualmente reproducido en ABREGÚ, MARTÍN, Y COURTIS, CHRISTIAN (Compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, Editores del Puerto S.R.L., 1997, pp. 201 y ss.;

e) “La Justicia nacional y su articulación con la Justicia supranacional,” Cuadernos de Fundejus, año 3, N°3, Buenos Aires, 1995, pp. 23 y ss. Reproducido en el libro *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, pp. 265 y ss. Reproducido, con variantes, en “La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales,” nota al fallo *Giroldi*, en la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, RAP*; 215:151 y ss., 1996.

f) “La Justicia administrativa internacional,” en la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, RAP*; N 223:5 y ss., año XIX.

g) “Un corte transversal al Derecho administrativo: La Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL* 1997-E, p. 1.091. Reproducido, con modificaciones, en la conferencia “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. 101-119.

h) “Las fuentes supranacionales del Derecho,” en AAVV, obra colectiva de homenaje al PROFESOR MIGUEL S. MARIENHOFF, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, cap. I, pp. 241 y ss.;

i) La contratación administrativa, en la “Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales” (Ley N 25.319) y en la “Convención Interamericana contra la Corrupción,” *JA*, 2000-IV, p. 1.269.

j) “Responsabilidad del Estado en el Derecho internacional,” *Universidad Austral*, “Responsabilidad del Estado y del funcionario público,” Buenos Aires, “Ciencias de la Administración,” 2001, pp. 361 y ss.; reproducido como cap. IX

AGUSTÍN GORDILLO**

Buenos días, es un placer estar con todos ustedes, amigos y colegas de tantos años.

Lo que hablaré hoy, en realidad, no es para este auditorio; es para un auditorio que no está acá, porque el tema del que hablaré lo conocen, pero de todos modos es un tema en el que, inexplicablemente, no se ha generalizado su conocimiento. Por eso más que contarles algo nuevo, que no lo voy a hacer, quiero pedirles que nos ayudemos todos para que nuestra opinión pública también lo sepa, para que nuestros amigos y conocidos no diseminen desinformación, que tanto mal nos hace a todos como sociedad.

Hace muy pocos años estaba con un joven egresado, brillante, de buen corazón, especialmente inteligente, con quien desarrollé instantánea amistad pero que hoy desgraciadamente no está ya entre nosotros. Yo le comento, de hombre mayor a hombre joven:

—“Fíjese si habrá cambiado el Derecho, imagínese que yo estudié Internacional Público por PODESTÁ COSTA.”

Él me dice:

del libro *Introducción al derecho*, edición como e-book gratuito en www.gordillo.com, www.gordillo.com.ar y www.gordillo.net;

k) “La creciente internacionalización del derecho,” en FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE (coord.), *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*, México DF., Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp.71-92;

l) “Primero: Crear el Banco Central Interamericano,” en LL 2002-D, p. 1.453;

ll) “G-8, UE, FMI, Argentina,” en LL 2002-E, p. 27;

m) “Restricciones normativas de los tribunales administrativos internacionales,” en LL 2002-F, pp. 1.540-1.548. Reproducido en AHE, DAFNE (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia* t. 2, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2002, pp. 285-298. El original inglés se publicó posteriormente, como “Statutory Limitations of International Administrative Tribunals,” en el libro *XXth Anniversary, Inter American Development Bank, Administrative Tribunal*, Washington DC, 2003;

n) “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley N°25.319 y la CICC),” en *Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, VIII Encuentro de Asesores Letrados, Principios de Derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, LL 2002, pp. 1-10; ñ) “International Organization’s Accountability in Shared Public Governance.” (Exposición en Yaoundé, Camerún, el 18-VII-2003.) Traducido y corregido como “La futura responsabilidad de las organizaciones internacionales en un gobierno compartido,” en LL 2003-E, p. 1.195. Reproducido en el libro de LÓPEZ OLVERA y VOCOS CONESA (coords.), *Perspectivas del Derecho público en el umbral del Siglo XXI*, Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 2003, pp. 293-308;

o) “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,” vol. LXIII, Londres, 2003, Esperia Publications Ltd., pp. 281-294. Reproducido —con modificaciones— en *European Public Law Review / Bibliothèque de droit public européen*, vol. 16, N 1, primavera-verano 2004, Londres, Esperia, pp. 281-294.

—“Yo también.”

Me quedé sin palabras. Nunca le pude decir lo que les diré a ustedes ahora. Es que así estamos muy mal, porque yo me recibí en 1958, rendí Internacional Público en 1956. Pero *PODESTÁ COSTA* terminó su historia más o menos por el cincuenta, y por supuesto no representa el Derecho Internacional de hoy ni la realidad mundial actual. Con todo respeto a *PODESTÁ COSTA*, allí no se aprende nada útil hoy. Hay que buscar en fuentes más contemporáneas para conocer el mundo de hoy y el Derecho y la realidad de hoy. En el camino de estudiar historia podremos y deberemos retroceder aún más en el tiempo, y en ese camino leeremos o releeremos *PODESTÁ COSTA*, pero que nadie piense que eso es otra cosa que repasar historia, nada más.

El viernes pasado estaba discutiendo con una funcionaria pública en actividad que me mostraba un trabajo en borrador, en el que planteaba el tema de la inconstitucionalidad (interna) de normas internacionales suscritas en forma sistemática por el país durante muchos años. Estuve dos horas tratando de convencerla de que debía leer y pensar lo que tengo escrito al respecto. ¿Por qué lo mío? Porque era a mí a quien preguntaba. No lo logré. Su trabajo estaba listo, sólo buscaba una mirada superficial, nunca se le ocurrió la posibilidad de repensarlo todo. Cuando ya se agotaba su paciencia, me dijo:

—“Bueno, está bien, voy a hacerle una introducción citándolo a usted.”

Le dije:

—“Mire, no se trata de que me cite, sino de que lo piense de nuevo, porque usted lo está pensando desde el Derecho interno y se está olvidando de que el país está en el mundo.”

¿Qué hizo? No leyó ni citó lo que yo escribí y le di en sus propias manos, pues le entregué las publicaciones pertinentes en el mismo acto. Publicó su trabajo tal como estaba, sin repensarlo en lo más mínimo, sin actualizar su información, sin mirar posiciones contrarias salvo las que le parecían débiles o interesadas y eran más fáciles, a su juicio, de atacar.

PODESTÁ COSTA es un buen libro para su época, pero alguien, joven o viejo, escribiendo en el siglo XXI con gruesa desinformación y falta de conocimiento del mundo y su Derecho, es sólo respetable por la libertad de prensa y de información que lo ampara, pero es una publicación de la que debemos cuidarnos. Ya hemos escrito alguna vez sobre la energía así utilizada.²

Este contexto mundial puede ser desgraciado; puede no gustarnos nada estar en el mundo de hoy. Recuerdo una vieja película soviética sobre *NAPOLEÓN*, de hace unos treinta años, que por supuesto lo pinta mal. Termina la película con el campo de batalla lleno de cadáveres, cadáveres y más cadáveres. Allí se lo ve, en un costado, a *NAPOLEÓN* mirando el campo tétrico de mortandad y una voz en off pregunta dramáticamente, con tono teatralmente grave:

—“¿Quién tiene la culpa?” Uno veía cadáveres hasta el infinito y a Napoleón en primer plano; la respuesta parecía obvia. Pero no, la voz en off se contesta a sí misma y dice:

—“Nadie tiene la culpa. La historia tiene la culpa,” con el mismo tono grandilocuente y ahí terminaba la película.

² “Si las palabras fueran energía eólica...,” *LL 12-V-2004*, pp. 1-5.

Señores, yo no sé si, ante mi vista en el mundo, todos son cadáveres o no; si la culpa la tiene NAPOLEÓN u otros que se pongan en la pantalla, pero que los cadáveres están no hay duda. Entonces, empecemos por las cosas que son claras, ciertas e irrevocables en la historia. No pretendamos que no esté en el mundo lo que sí está.

Veamos, pues, el campo de batalla del mundo actual, en el campo específico del Derecho.

La primera, en orden de aparición en nuestro mundo visible, es la Convención Interamericana de Derechos Humanos, a la cual suscribimos en 1984. Nos sometimos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tiene jurisdicción sobre nosotros y nuestras decisiones. Empezamos a destacar el tema lentamente, recién en 1990.³ Nuestra Corte Suprema lo hizo un poco después, en 1994, a partir de los casos *Giroldi*,⁴ *Bramajo*⁵ y otros (*Arce*,⁶ *Priebke*⁷); en todos ellos reconoce expresamente la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en general, de los órganos de interpretación y aplicación de los tratados internacionales y del Derecho imperativo internacional.⁸ De aquella época es, también, *Cafés La Virginia*;⁹ en él se

³ “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno,” *LL Actualidad*, 17-IV-1990. Reproducido como cap. III del libro *Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1990, 1ª ed., actualmente, 1999, 4ª ed.

⁴ CSJN, *Giroldi*, Fallos: 318:514, LL 1995-D, p. 462, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, RAP; 215:151, 1996, con nuestra nota “La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales;” antes publicada bajo el título “La Justicia nacional y su articulación con la Justicia supranacional,” *Cuadernos de Fundejus*, año 3, N°3, Buenos Aires, 1995, pp. 23 y ss.; también, en el libro *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, pp. 265 y ss.

⁵ CSJN, *Bramajo*, Fallos: 319-2:1.846, DJ, 1997-2, 195. Lo hemos recordado múltiples veces, por ejemplo en “Decláranse insanablemente nulas las Leyes 23.492 y 23.521,” *LL* 2003-E, p. 1.506.

⁶ CSJN, *Arce*, LL 1997-F, p. 696, con nuestra nota “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado,” reproducida en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 1999, § 76, pp. 165 y ss.

⁷ CSJN, *Priebke*, 1995, JA, 1996-I, p. 328. Lo hemos comentado, al pasar, en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 1999, p. 53, nota 11.3, como “joya de concisión y acierto” junto a, precisamente, los ya citados “Giroldi,” “Arce” y otros que indicamos en la p. 225 de ese libro. También, lo comenta favorablemente ZUPPI, ALBERTO LUIS, “La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional,” Premio Estímulo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, LL 2001, pp. 44-45, quien señala allí: “[...] la Corte Suprema reconoce la existencia de un Derecho penal internacional que aplica reglas diferentes de las de la tipificación doméstica, lo que es correcto [...]” (p. 45); o, como dice el propio considerando 4 del fallo, “[...] 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 [...].”

⁸ Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que a partir de 2001 ha tenido una constante evolución normativa y empírica, igual que la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En un reciente fallo del tribunal administrativo de la OEA (caso *TRIBAD/SEN.151*, LII período ordinario de sesiones del tribunal, 18 de mayo de 2004), se señaló lo siguiente: “[...] Tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cambiaron sus reglamentos en el año 2000 y siguientes, los que comenzaron a entrar en vigor en 2001, y en ese año de 2001, además, la Comisión comienza a implementar los cambios operacionales que derivan de la nueva normativa. De acuerdo con el testimonio de uno de los ex miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, estos cambios operativos tenían por objeto encuadrarse más adecuadamente en el cumplimiento de los fines de la Convención Americana de Derechos Humanos, y no significaron entonces cambios normativos respecto de ella, sino de su más eficaz aplicación [...]” Los cambios normativos y operativos producidos en el funcionamiento u operación del sistema interamericano de derechos humanos, entre otros aspectos, fueron los siguientes:

dice que las normas derivadas, secundarias, de los organismos creados por los tratados — ¡atención!, las normas derivadas, las secundarias— tienen jerarquía superior a las leyes del Congreso de la Nación.

Textualmente, lo dijo la Corte. Por supuesto, cada vez que sale un fallo así, la gente comenta, pero enseguida se apaga el eco en la opinión pública y el común de la ciudadanía se olvida y dice:

—“Bueno, sigamos con el tema de hoy; estas cosas son muy teóricas.”

Al comienzo de la Corte constitucional, desde 1983, recuerdo fallos divididos en los cuales la única diferencia era que un par de los votos mencionaban, entre los argumentos de la decisión, la Convención Interamericana de Derechos Humanos y otros pactos internacionales de derechos humanos; en tanto, otros votos se diferenciaban solamente en que llegaban a la misma decisión sin mencionar las normas supranacionales. Parecía existir hasta miedo, o al menos hesitación, en mencionarlas. Con los años, esa mención se ha vuelto normal y todos los fallos de todos los tribunales mencionan los tratados de derechos humanos. Ahora, es al revés: Un fallo no está completo si no cita el pacto tal o cual. Todos los pactos se citan.

Sigue habiendo pronunciamientos en nuestra historia contemporánea que van avanzando en esa línea y no podemos hacernos los desentendidos. Estoy hablando solamente de los pactos de derechos humanos, por ahora, pero el fenómeno es más grave aún. Recuerdo uno de los fallos de la Corte, *Arce*.¹⁰ La Corte menciona las palabras del representante argentino que vota el tratado

1) La Comisión presenta ante la Corte la casi totalidad de los casos en que realiza el informe del Artículo 50 y el país no efectúa los cambios propuestos o brinda respuestas satisfactorias.

2) Las víctimas y sus representantes directos o indirectos tienen legitimación directa para defender su caso ante la Corte, con independencia de la Comisión.

3) Las ONGs tienen participación activa en el sistema interamericano de defensa de los derechos humanos.

4) Se consagra la delegación dentro de la Comisión.

5) Aumenta sensiblemente el número de casos tramitados en la Corte y la Comisión.

6) Para ello se introducen nuevos modos de trabajo en equipo, se incorporan nuevos abogados, se aumenta la carga de trabajo litigioso.

7) La mayor cantidad de casos acarrea una mayor cantidad de plazos procesales que deben, ineludiblemente, cumplirse y que los abogados deben satisfacer para desempeñar eficazmente tales nuevas funciones.

8) Estos cambios pueden ser resumidos en las palabras del mismo testigo, que señala: “[...] la Comisión funciona ahora como un estudio jurídico (de interés público, claro está), más que como una organización administrativa tradicional [...]”

⁹ Ver nuestra nota “La creciente internacionalización del Derecho y sus efectos,” LL 1995-D, p. 277, nota al fallo de la CSJN, *Cafés La Virginia*, reproducida en nuestro libro *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 1999. Retomamos el tema en diversos lugares: “La creciente internacionalización del Derecho,” en FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE (coord.), *Perspectivas del Derecho administrativo en el siglo XXI*, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp.71-92.

¹⁰ Nuestra nota “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado,” LL 1997-F, p. 696, nota al fallo *Arce*, CSJN, reproducida en *Cien notas de Agustín*.

en las Naciones Unidas y dice que esas palabras nos comprometen. Y claro que nos comprometen, nos guste o no. Quién le dijo que dijera eso; si lo dijo bien o mal, no importa ya: Esas palabras nos comprometen, seguro que nos comprometen. Lo dijo nuestra Corte. No se pueden escribir artículos en contra del Derecho internacional que tenemos suscrito, porque ahora formamos parte de un gobierno distinto. Cuando la funcionaria se me enojó, le pregunté:

—“¿Usted estuvo exiliada todos estos años? Porque yo leía todos los días el Boletín Oficial y las novedades de legislación y jurisprudencia. Usted no me puede decir que se viene a dar por enterada ahora...”

La anécdota fue aún peor, porque ni siquiera allí se enteró, ¡publicó el artículo como si nada!

Tenemos, así, una primera rama del Derecho internacional que está por sobre el Derecho argentino, que es el Derecho de los derechos humanos. Puede no gustarnos, pero es así. Como ha dicho PESCATORE, el juez de la Corte Europea de Justicia desde los primeros años de su existencia, esto es irreversible; no hay marcha atrás en ese camino,¹¹ pero ese es sólo uno de los caminos en los que no hay marcha atrás posible.

El segundo, yo diría muy visible también, aunque discutamos, nos peleemos, es el del Derecho penal internacional. Están la Convención Interamericana contra la Corrupción, el Tratado internacional contra el cohecho internacional, los tratados contra el terrorismo, el lavado de dinero, la tortura, el genocidio. Hay una gran cantidad de tratados que prevén expresamente la supranacionalidad y la jurisdicción extranjera o universal. Y ahora tenemos la Corte Penal Internacional, a la cual nos hemos sometido, hemos firmado el tratado, hemos depositado el instrumento, lo hemos comunicado internacionalmente y de pronto surge una gran discusión absurda en el Congreso sobre si se le da o no jerarquía constitucional.

¡Pero, por favor!, ya lo firmamos, ya lo aprobamos, ya lo comunicamos internacionalmente, ya nos sometimos, ya estamos obligados. La discusión o no del nivel constitucional carece de sentido. ¿Qué importancia tiene que le demos o no ahora jerarquía constitucional cuando tiene jerarquía supranacional y supraconstitucional? Y es para delitos reconocidos hasta por nuestra Constitución —como cuando habla del Derecho de gentes— como contra el orden público internacional. Entonces, discutamos lo que queramos, pero sepamos al menos cuándo estamos perdiendo el tiempo. Eso está vigente y es Derecho internacional imperativo y operativo, está por sobre el Derecho argentino. Puede que no les guste. Por supuesto, tienen todo el derecho del mundo de que no les guste, pero está. Lo que no pueden decir es que no está vigente o no es válido o no es exigible; solamente pueden decir: “No me gusta.” Este es el segundo gran pilar del Derecho internacional sobre el Derecho interno.

El tercero, sobre el que también se hablará en estas Jornadas, es el de los tratados bilaterales de inversiones extranjeras.¹² Nuevamente, hay casi cincuenta, cada tanto aparece alguno nuevo.

¹¹ Reputamos todo esto, tan elemental y básico, que ya lo tenemos incorporado como parte esencial de nuestra *Introducción al derecho*, versión digital en www.gordillo.com y también versiones inglesa y francesa, ambas con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia, 2003, y también en el sitio web mencionado. Desde luego, además se puede encontrar la referencia en todas las ediciones de nuestro libro *Derechos Humanos*, actualmente Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 1999, 4ª ed., agotada, pero disponible en el mismo sitio web. No hace falta más que poner Google y buscar PESCATORE en el sitio indicado.

¹² Hace ya varias ediciones del t. 2 de nuestro *Tratado* en que lo venimos explicando. Está en el t. 2, cap. XVI, accesible libremente en la web. Se hacen ediciones en papel, tanto locales como extranjeras: Las hay en Brasil,

Son casi todos iguales, tienen muy pocas diferencias entre sí. Lo que tienen en común es que, luego de la jurisdicción argentina, viene la jurisdicción arbitral internacional. Algunos lo dicen expresamente; después de que resuelva la Corte Suprema Argentina, va al Tribunal Arbitral Internacional, que tomará la decisión final. Uno puede decir “¡qué horror!” y puede señalar, ciertamente, muchos defectos en el sistema y hasta proponer cambios y mejoras.¹³ Se puede llegar a sostener, si lo prefiere, que eso es peor que nuestro sistema judicial, pero hay una pequeña diferencia: A los inversores parece que les gusta ir, porque van.

No debemos ejercer nuestra defensa en esos estrados del mismo modo que la defensa clásica de cualquier administración antigua: No agotó la vía administrativa, le falta el reclamo previo, es demasiado tarde, demasiado temprano, no habilitó la vía judicial, es un acto discrecional, es un acto de Gobierno, hay emergencia, etc. Si con esos planteos seguimos el juicio hasta el final y el otro produce la prueba, trae los testigos, tiene los documentos y argumenta sobre los hechos, etc.: ¿Quién gana? Obviamente, gana el que mejor argumentó sobre los hechos. Si la Argentina acude a esos arbitrajes a discutir la constitucionalidad de los tratados e invoca las facultades discrecionales del gobierno y los poderes de emergencia y no argumenta sobre el fondo de los juicios, los perderá; es muy sencillo.

Después, claro, viene la otra cosa: —Somos siempre porteños vivos— ¿Cómo hace para ejecutar el laudo? El Estado, internamente, por supuesto que no es responsable casi de nada. Yo tengo bonos, con eso ya no tengo que seguir hablando; tenía plata en el banco; no tengo que seguir hablando; lo sabemos. ¿La cobraré algún día? Mi mujer me pregunta todos los días si la cobramos. “Esperá, mujer, paciencia —le tengo que decir que hay posibilidad; para eso soy abogado— lo vamos a cobrar, no te preocupes,” pero lo cierto es que yo no hago el juicio; ¡qué voy a hacer el juicio para cobrar los bonos! Tengo que esperar para ver qué pasa. Ahora, los que hacen el juicio afuera, supongamos en Nueva York con el JUEZ GRIESA, ¿podrán ejecutar la sentencia? Tal vez no, pero ciertamente que nos molestarán todo lo que puedan, donde puedan. En otras palabras, la responsabilidad del Estado en el Derecho internacional funciona de manera diversa que en el Derecho interno. Por eso yo, cuando trato esto en el *Tratado*, Tomo 2, en el capítulo “Responsabilidad del Estado,” pongo dos títulos, uno a continuación del otro: “La creciente responsabilidad internacional del Estado” y “La decreciente responsabilidad interna del Estado.” Mientras nuestro Derecho interno va reduciendo la responsabilidad del Estado —en estos tiempos, por lo menos—, el Derecho internacional va aumentándola.

¿Cuáles son los mecanismos del Derecho internacional? Yo recuerdo que en 1963 estaba en la Administración pública y me entero de que va una misión argentina a renegociar —como siempre— la deuda externa argentina, sólo que entonces era el Club de París. Cuando se sientan a la mesa con los banqueros de París —ha cambiado el acreedor, no mucho más— la primera pregunta es:

—“¿Cuándo van a arreglar el tema Puerto de Rosario?,” preguntaban los franceses a los negociadores argentinos. Les decían nuestros representantes:

Colombia, Méjico, Perú y Venezuela. ¿Alguno pretenderá en Derecho administrativo, que realmente nunca oyó hablar del tema, que esto es una novedad?

¹³ Como lo hemos hecho en el t. 2 de nuestro *Tratado*, cap. XVI.

—“Discúlpeme, yo vine a hablar de la deuda externa argentina y de cómo renegociarla; no vine a hablar del Puerto de Rosario.”

Les contestaban:

—“Pero yo vine a hablar del Puerto de Rosario.”

—“Escúcheme, ese no es el tema de nuestra agenda.”

—“Sabe qué pasa, yo soy directivo de un banco. El banco tiene accionistas; mis accionistas son accionistas de Puerto de Rosario. Mis accionistas me han dado instrucciones de que yo le pregunte a usted cuándo van a pagar Puerto de Rosario.”

—“No tengo instrucciones.”

—“Pídalas.”

—“¿Ahora?”

—“Yo tengo mis instrucciones, así que usted pida las suyas y después seguimos hablando.”

Por supuesto, con presiones tan fuertes, finalmente se pagó Puerto de Rosario. Treinta años, cuarenta años de pleito; no importa, finalmente se paga.

El default ruso de comienzos del siglo pasado, los inversores ingleses lo cobraron. Tardaron setenta, ochenta, noventa años, pero se lo siguen y se lo siguen, y algún día debe sentarse a conversar y ver qué hace y cómo paga, y si no paga, no se sienta a la mesa.

Nosotros seguimos jugando con nociones —yo diría prehistóricas— de soberanía y nos olvidamos de que estamos insertados en el mundo. Ya se olvidan de que alguna vez no se podían traer ni siquiera remedios, porque: “No tiene plata, no se los vendo.” Está bien, ahora le tecnología avanza: Los copiamos, los hacemos con el mismo nombre sin la patente, violamos la patente, pero todo eso tiene siempre su costo, tiene siempre su represalia.

Yo recuerdo un caso que me contaron en Mendoza; había un crédito, hace ya unos cuantos años, en el BID —chico, de cincuenta millones de dólares— para Mendoza, para hacer unas obras públicas que tenían ya toda su aprobación, y en el BID se lo paran. Le dicen que no pueden seguir adelante con el trámite, porque Mendoza todavía no pagó la condena de uno de los muchachos que murió a manos de la policía mendocina.

—“¿Pero qué tiene que ver usted, que es el Banco Interamericano de Desarrollo, con un tema que estuvo en la Corte Interamericana de Derechos Humanos?”

—“Sabe qué tengo que ver, que yo estoy en Washington. Acá estoy en un ambiente en el cual no se ve muy bien tratar con gente como usted, mientras no arregle problemas que tiene pendientes; así que arregle primero eso y después hablamos del crédito.”

Fíjense qué vuelta extrañísima; en el BID lo aprietan para que paguen una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por supuesto, finalmente, armaron un tribunal ad hoc para fijar el monto de la indemnización. Lo determinaron y se pagó. Lo mismo pasa con todo. Entonces, creer que nosotros podemos en el ámbito interno resolver las cosas y cambiar la posición internacional, constantemente, es un absurdo.

Por ejemplo, otro tema que viene de muy lejos, los contratos de crédito externo. El país los viene celebrando y discutiendo, internamente, desde hace mucho tiempo. Yo recuerdo que en 1973, siendo CÁMPORA presidente, acababan de salir de la cárcel todos los terroristas. Estaba BACIGALUPO como Procurador del Tesoro. Lo voy a saludar; era y soy amigo de él. Me cuenta que había hecho un dictamen en el que declara la inconstitucionalidad de los contratos de crédito externo. Por supuesto, es un hombre inteligente, se trataba de un trabajo bien razonado. Yo soy un empírico, y le dije:

—“Te van a echar.”

—“Escuchame, es el Derecho constitucional.”

—“Te van a echar.” Y lo echaron, punto; claro, pidiéndole amablemente que renunciara ya mismo. A los veinte días no era más procurador. ¿Por qué? Porque CÁMPORA quería firmar ese crédito y para ese crédito necesitaba un dictamen favorable del Procurador del Tesoro de la Nación Argentina. Ahora, BACIGALUPO está en la Corte Suprema Española.

Otro procurador, distinguido administrativista, firmó una vez un dictamen que le hizo un asesor interno, en el que se declara la inconstitucionalidad de los contratos de crédito externo. Desde el Ministerio requirente le pidieron si, por favor, podía cambiarlo. Retiró el dictamen, lo destruyó e hizo otro nuevo en favor de la constitucionalidad de tales contratos. No renunció, porque comprendió que se había equivocado empíricamente.

Cada contrato de crédito externo, antes de ser celebrado y mucho antes de que podamos recibir los fondos, requiere un dictamen cada vez más largo, más complejo y más elaborado, en el que se refute minuciosamente hasta la última crítica posible que se le pueda hacer a la validez argentina de ese contrato que se está por hacer. Se dan cuenta de que con el principio de la buena fe, que es el único principio verdaderamente milenario y universal —como dice GONZÁLEZ PÉREZ—, muchas cosas se resuelven con claridad. Consideremos el caso de un país que celebra un contrato de préstamo en Nueva York, firma los documentos en Nueva York, cobra el dinero del préstamo en Nueva York, se obliga a devolverlo en Nueva York, se somete expresamente a los tribunales de Nueva York y a la legislación de ese Estado de Nueva York. Si, como es habitual, para firmar el contrato lleva además un decreto que lo autoriza, un dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, máximo organismo de asesoramiento letrado, en el cual explica detalladamente cómo este contrato es absoluta e inmaculadamente válido conforme al ordenamiento jurídico argentino, ¿alguien imagina que el principio universal de la buena fe permite luego argüir exitosamente en la jurisdicción local de Nueva York, ante una demanda por incumplimiento de contrato, que en realidad ese contrato es nulo e inexigible conforme a la legislación o a la Constitución argentina?

—“No, ¿sabe lo que pasa?, todos esos dictámenes y decretos eran nulos de nulidad absoluta, inconstitucionales.”

—“Pero, dígame, ¿está firmado o no está firmado? ¿Son falsas las firmas?”

—“Sí, no, bueno, pero eso es inconstitucional.”

Es insostenible ir a decir “de buena fe.”

—“Mire, todo esto que dije no es cierto.”

Publiqué hace mucho tiempo, en 1983, un trabajo que en su momento juntaba información que no era muy pública, lo llamé El contrato de crédito externo.¹⁴ Siempre publico algunas cosas conflictivas; primero, fuera del país, para tantear luego, un poco más, el ambiente interno; si veo que no hay mucho problema en el país, después lo publico también aquí.¹⁵ En cuanto a ese trabajo en particular, finalmente lo reproduce en distintos libros, en el país. Está en Internet, si lo quieren ver; no me he tomado el trabajo de actualizarlo, porque no vale la pena: El esquema es el mismo.

Un contrato se guía por el Artículo 17 del Código Civil, por el Tratado internacional de Montevideo y en cualquier Derecho que quieran elegir. El contrato se guía por la ley del lugar de ejecución. Si uno se toma el trabajo de ir a Nueva York a pedir el dinero, firma allí el contrato y los pagarés, se compromete a devolverlo allí y también recibe allí el dinero, depositado en un banco nuestro que se encuentra en ese lugar; entonces, resulta obvio que se aplican la ley y la jurisdicción de Nueva York, le guste o no le guste. Mucho más, si para hacerlo dictó decretos y produjo dictámenes de su más alto nivel de asesoramiento, que afirman —enfática y detalladamente— por qué ese contrato es válido y exigible en esa jurisdicción y conforme a esa legislación.

Si no le gusta, muy sencillo: No pida préstamos en el exterior. Pero si los pide, bajo ese régimen, queda obligado a devolverlos en esa jurisdicción. Si devuelve o no el préstamo, es una cuestión de hecho. Cada vez que vaya al Club de París, o donde sea, le recordarán todas las otras cosas que tenga pendientes.

Esto no quiere decir que estemos desarmados, que tengamos que decir: “Abandono. Soy un muerto más en el campo de batalla; la historia tiene la culpa.” Pero hay que saberlo pelear, y este saberlo pelear no es —insisto— argumentar la inconstitucionalidad, la emergencia, los poderes soberanos, las facultades discrecionales, los actos de gobierno, el derecho del príncipe. No, por favor, no. Hablen bien, hablen de Derecho.

En Filipinas, el gobierno celebró en 1986, más o menos, previa licitación, una concesión internacional para hacer un aeropuerto en Manila. En 1988 se renegocia el contrato —como siempre, tema conocido— y le aumentan, por supuesto, todos los beneficios y todos los privilegios al contrato ya adjudicado con el anterior pliego de la licitación. La tasa de aeropuerto cambia de a veinte dólares y así sucesivamente. Cambiaron todas las condiciones, en favor del concesionario, en contratación directa. Cualquiera que conoce algo de Derecho administrativo sabe que eso es absoluta y totalmente inválido; no se puede, si hizo licitación primero, renegociar mejores términos dos años después, antes de empezar a ejecutar el contrato. El grupo que hizo todo esto, que era de Manila, por supuesto, luego vende el contrato a un grupo alemán. Los alemanes, un poco cabezas duras, no hacen due diligence, es decir el deber de estudiar bien el contrato que están por firmar. Invierten —creo— quinientos millones de dólares; hacen un aeropuerto espectacular en el medio de la selva, realmente modernísimo; tienen doscientas

¹⁴ “El contrato de crédito externo,” en la *Revista de Administración Pública* N° 97:423-449, Madrid, 1982; reproducido en el libro *Contratos Administrativos. Contratos especiales*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 1982, pp. 187-226. Reproducido, también como cap. IV del libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 1996 y 1998.

¹⁵ A veces, las informaciones van lentas y aunque demoro años en la publicación interna, igual me causa problemas. Ahora, estoy empezando a publicar directamente en inglés; así, tengo más libertad de expresión del pensamiento y menos censura.

personas entrenadas para atenderlo y hay una foto del aeropuerto, lujosísimo, que está cerrado y vacío. ¿Qué pasa? El nuevo gobierno llegó al poder con un eslogan contra la corrupción, estudió éste, entre otros contratos, y dijo “esto es nulo;” los alemanes dicen: “Pero escúcheme, siéntese a conversar, cómo me lo va a anular” Sí, siéntese a conversar es una posibilidad. Los alemanes estaban dispuestos a resignar todas las cláusulas de favor que habían obtenido después de la adjudicación. Pero, tarde, les anularon el contrato, y los alemanes iniciaron juicio frente al Banco Mundial. El *Financial Times*, que es un diario serio, dice que lo iniciaron para salvar la cara, porque perderán el juicio. Lo perderán si los filipinos defienden bien el juicio. Si explican que un contrato, celebrado luego de una licitación pública, no puede renegociarse porque sí, debe haber argumentos muy sólidos; no es cuestión de que se expanda la dimensión del contrato, se lo extienda en el tiempo, en el precio, etc., sin invocar razones convincentes. Esto es lo que hay que argumentar y nos resistimos a hacerlo, porque da trabajo: Hay que producir pruebas, hay que trabajar. Si Manila hace ese trabajo, el juicio lo gana. Ahora, si Manila en el juicio internacional va a invocar los poderes soberanos, la emergencia y todos los argumentos que oímos acá, perderá ese litigio; si no lo defiende bien, lo perderá.

Lo mismo ocurre con los juicios que tenemos afuera. Por supuesto que yo no intervengo en ninguno de ellos; no sé cómo estarán ni cómo están hechos ni defendidos, pero cuando veo el primer laudo de *Aguas del Aconquija*, digo: “Mala defensa;” allí veo que nos salvó el Tribunal, en el primer fallo. En el segundo, por supuesto, anularon el primero. Pero, realmente, el primer fallo nos salvó de una defensa hecha otra vez con el continuo fundamento de “no agotó la vía” y cosas por el estilo. No digo que no utilicen ese argumento procesal, pero meritúen, primero, las costas del incidente si es que lo pierden. No es gratis oponer excepciones que luego el Tribunal resuelve que son improcedentes. Es, muy por el contrario, bien oneroso. ¿Los abogados tienen facultad de disposición para hacer incurrir al Estado en nuevas responsabilidades por incidentes mal planteados y perdidos con costas?

En definitiva, tenemos ya una larga lista de hipótesis en las cuales hay un avance del Derecho internacional sobre el Derecho interno. Discutir sobre la constitucionalidad de ese Derecho internacional es como discutir el sexo de los ángeles; yo no entiendo cómo realmente todavía se sigue discutiendo. Mientras tanto, el mundo sigue avanzando. Yo publiqué un artículo que lo llamo “El proyecto de Constitución europea y el nuevo orden mundial.”¹⁶ En ese proyecto de Constitución europea, se sigue la línea del Tratado de Niza, de 2001, pero buscando distintas fórmulas. Básicamente, en Europa no rige más el principio de que hace falta el consenso para avanzar, es decir la unanimidad —el derecho de veto, como tenemos en el Mercosur—. Entre nosotros prima el “acá no se puede,” pues además la Constitución dice que los tratados de integración deben respetar el principio de reciprocidad e igualdad. En el Tratado de Niza y en el proyecto de Constitución europea hay, en cambio, un doble sistema de votación por un cierto número de países y por mayoría de población. Habrá que ver si se aprueba, cambian la fórmula, hacen *referéndum*, hacen reforma constitucional o si lo hacen por ley del Congreso. Variarán las fórmulas. Hay fórmulas complejas; por ejemplo, un cálculo es que, si diecinueve países pequeños, con un casi cuarenta por ciento de la población de la Unión Europea, se oponen,

¹⁶ “European Public Law Review / Bibliothèque de droit public européen,” *The Draft EU Constitution and the World Order*, vol. 16, N 1, Londres, Esperia, primavera-verano 2004, pp. 281-294. Reproducido —con modificaciones— en AA VV, “The Constitution of the European Union / La Constitution de l’Union Européenne,” *European Public Law Series*, vol. LXIII, Londres, Esperia Publications Ltd., 2003, pp. 281-294.

pueden bloquear una decisión, pero deben ser diecinueve; si son dieciocho, ya no pueden, y si la población es del treinta y siete, ya no pueden. Es decir, una mayoría cualificada modifica el Derecho europeo en forma obligatoria, hasta para los que están en desacuerdo. Si Eslovaquia o Estonia, que también acaban de entrar en la Unión Europea, no están de acuerdo con algo resuelto por mayoría de países y población, pero no alcanzan a frenar la decisión, pues no reúnen diecinueve países para oponerse, el resultado es claro. La Constitución propia habrá quedado modificada en ese punto. Son demasiadas las sendas que hemos avanzado en el Derecho constitucional como para soñar con que es posible volver atrás.

El camino de la Unión Europea es el camino de mayoría cualificada de votos en que cada país no puede bloquear con su solo veto una decisión mayoritaria, sino que debe absorber, internamente, aquello que le han resuelto los demás. Ese es el camino que, según nuestro juicio, llevará el mundo. Que no nos guste, por cierto; que no se les aplica a los Estados Unidos, sin duda: Ni a los Estados Unidos, ni al Brasil, ni a China ni a Rusia. Los grandes no firman los tratados y aun así leo, con cierta sorpresa en los diarios, que en la última reunión del ALCA nos hemos puesto de acuerdo —digo con reticencia, porque se trata de una noticia periodística, muy corta, poco explicativa—; parece que el Brasil, finalmente, dio el sí para entrar en el ALCA, pero en forma limitada, progresiva, por sectores, moderada. Por supuesto, la Argentina, Uruguay y Paraguay, también. Es decir, en el Mercosur pareciera que hemos dado el sí al ALCA, mientras multitudes en la calle van gritando, con la cara tapada y con palos, cortando el tránsito en todos lados. Pero allí hay un germen avanzando, que estoy seguro —ya parezco un soviético de la vieja escuela— de que no lo para nadie, porque es la fuerza de la historia. Eso se convertirá, finalmente, en derecho vigente.

Estuve hace poco en Costa Rica, donde estaban discutiendo si aprobar o no la entrada en el ALCA:

—“¿Le conviene a Costa Rica?”

—“A Costa Rica, globalmente, sí. A algunos, dentro de Costa Rica, no les conviene.”

—“¿Qué van a hacer?”

—“Por supuesto, entraremos; así mejoramos la balanza de pagos.”

Claro, esto puede implicar la ruina de algunos, un cambio interno muy fuerte de la economía y de la sociedad, pero seguramente entrarán. Todo Centroamérica entrará. La misma discusión en el NAFTA, México, el Canadá, y ahora entraremos, en algún momento, en el ALCA. Y esto, otra vez, es un cambio en el Derecho interno que viene desde el Derecho internacional. No es que nos lo impongan exacta y precisamente; también prestamos nuestra aquiescencia, también finalmente dictaremos las leyes que sean del caso, discutiremos, peharemos, habrá manifestaciones en la calle, pero los organismos del Estado finalmente lo harán.

Esto se lo puede ver así, con ese tono de *Waterloo*: “Estamos vencidos; estamos derrotados” o como dijo alguno: “No negociamos de pie, sino de rodillas.” Podemos decirlo de muchas maneras, pero soy más bien universalista, creo que el mundo va cambiando y que esto no necesariamente es malo. Como dijo un ex presidente nuestro en una reunión en Madrid hace no demasiado tiempo: “No sabía que el mundo estaba tan globalizado.” Bueno, mejor ir aprendiéndolo: El mundo está globalizado. Tenemos el derecho de criticarlo. Dentro de los Estados Unidos encontrarán los mejores críticos; la verdad es que los mejores libros en contra de la globalización y del poder de los Estados Unidos están en los Estados Unidos, donde están,

también, los mejores marxistas y los mejores hinduistas. Ahora, no tiene sentido negar que sea la primera potencia. Que es injusta la distribución del poder en el mundo en el sentido de que China, Rusia y los Estados Unidos no firman los tratados, no se someten a la Corte Penal Internacional, no aceptan las reglas del juego, no firman el Tratado de Kyoto, estamos de acuerdo. Todo ello es posible decirlo, aunque bueno es recordar que tanto China como los Estados Unidos están sometidos a los tribunales internacionales de la OMC, y cumplen sus fallos; los Estados Unidos están, también, sometidos al control jurisdiccional supranacional del NAFTA y acatan sus decisiones.

Desde otro ángulo, también es cierto que la Unión Europea y los Estados Unidos tienen subsidios agrícolas, muchísimo mayores a la ayuda externa que dan; igualmente, se lo podemos criticar y, de hecho, poco a poco se va avanzando en la dirección correcta.

Mientras tanto, podemos criticar todo lo que queramos, pero no vayamos a un juicio a contestar la demanda y decir solamente esto, porque lo perderemos con costas. Debemos argumentar en Derecho en los tribunales internacionales, conforme a los hechos del caso, a la prueba producida y a los valores en juego. Lo demás, es energía desaprovechada.¹⁷

Muchas gracias.

¹⁷ “Si las palabras fueran energía eólica...,” *LL 12-V-2004*, pp. 1-5.