

EL CAMINO HACIA LA RESPONSABILIDAD GLOBAL DEL ESTADO

Ignacio Hernán CELORRIO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La responsabilidad internacional del Estado dentro del derecho internacional público. Una mirada tradicional*. III. *Las nuevas formas legales internacionales*. IV. *A modo de conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

En los presentes tiempos de creciente interacción internacional económica, política, social, cultural, tecnológica y jurídica, resulta interesante realizar un análisis acerca de su influencia actual y futura sobre el instituto de la responsabilidad internacional del Estado.

Pocos institutos del derecho tienen una potencialidad mayor de modificación respecto de sus bases constitutivas históricas que el de la responsabilidad internacional del Estado.¹ De hecho, en los últimos años el efecto de la globalización sobre el mismo ha estado socavando sus bases tradicionales de forma tan consistente que resulta difícil no obviar que nos encontramos casi en las puertas de, prácticamente, un nuevo instituto, con distintos sujetos y una sustancia materialmente distinta a la que fuera tradicionalmente objeto de análisis del derecho internacional público.

El solo hecho de analizar la responsabilidad del Estado en cada país en particular resulta un desafío de final incierto,² y las transformaciones

¹ Un concepto, de por sí, de difícil definición, como se verá posteriormente en forma sucinta.

² En nuestro país, ni siquiera los debates respecto a su origen han concluido (*cfr.* Salomoni, Jorge, *Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina*). Además, debe considerarse que éste es uno de los institutos de derecho donde

de sus características en cada Estado no registran cauces tranquilos.³ Sin embargo, las transformaciones sociales, económicas, políticas, legales y culturales que la integración y la globalización proyectan sobre esta materia, nos conducen a concluir que se ha sumado un nuevo campo de análisis, aun cuando las polémicas jurídicas respecto a la individualidad de este instituto en el ámbito estrictamente nacional distan de haber finiquitado.

Sin perjuicio de ser raíz jurídica en el derecho internacional público, una serie de modificaciones sustanciales sobre sus bases constitutivas, de origen típico administrativo, se encuentran moldeando un nuevo tipo de responsabilidad internacional del Estado, que poco conduce con sus características originarias.⁴ A la vez, las bases mismas del derecho administrativo, que erosionan las características típicas de la responsabilidad internacional del Estado en sentido tradicional, se encuentran en modificación constante, por efecto de la globalización y las diversas formas de interrelación de sistemas jurídicos nacionales entre sí, y supranacionales conforme a los procesos de integración regional y la consecuente pérdida de soberanía estatal.

Tradicionalmente, y aun en buena medida en la actualidad, el derecho internacional y, congruentemente, la responsabilidad internacional del Estado actuaban en un doble plano: en el internacional sólo los Estados pueden participar y reclamarse mutuamente; en el nacional, más aún al presente, sus órganos internos procuran evitar (y a veces toman en sus manos que otros eviten) comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

Este esquema se encuentra evolucionando rápida e inorgánicamente en cuatro direcciones distintas: 1) aquella que continúa en el cauce tradicional del derecho internacional; 2) aquella que implica dar voluntaria-

mayor incidencia tiene la realidad fiscal de los Estados, y por ende, vacila entre la necesidad de su reconocimiento legal con la necesidad material de los Estados de tener una conducta fiscal responsable conjuntamente con una presión generalizada por menor carga impositiva.

³ Cfr. Bianchi, Alberto, "Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado", *La Ley*, 1996-A-922; Mairal, Héctor, "Responsabilidad del Estado en el derecho comparado", *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Editorial Ciencias de la Administración, 2001.

⁴ Sin perjuicio de que la responsabilidad internacional del Estado, en su acepción tradicional, continúa desarrollándose por sus propios cauces.

mente una mayor preponderancia a las normas internacionales dentro de su territorio, sin contraprestación por dicha pérdida de soberanía; 3) la originada en verdaderas integraciones regionales, y 4) las derivadas directamente del proceso profundizado de globalización.

Concentraremos el análisis, sucintamente, en estas transformaciones bajo un esquema que incluya:

- a) La condición en que se encuentra el concepto de responsabilidad internacional del Estado.
- b) Las fuerzas que interactúan enmarcadas en este concepto.
- c) Una primera aproximación al futuro concepto de “persona global”.
- d) Una visión prospectiva, futurista, de las características que enmarcarán la nueva responsabilidad internacional del Estado.

II. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. UNA MIRADA TRADICIONAL

Se sostenía, tradicionalmente, que la responsabilidad internacional del Estado era “...un corolario de la igualdad de los Estados”⁵ y que, por ende, el concepto de soberanía y sojuzgamiento voluntario a sus efectos resultaba vital para su existencia.⁶ Aun en un análisis puramente conceptual, la aceptación de la responsabilidad internacional del Estado no ha dejado lugar a dudas,⁷ aunque su operatividad no ha sido tan sencilla.

El principal obstáculo, reconocido, de la responsabilidad internacional del Estado surgía como consecuencia de la máxima formulada por el fi-

⁵ Díez, Manuel María, *Derecho administrativo*, Plus Ultra, 1971, capítulo V, p. 177.

⁶ Es de observar, sin embargo, que si se acepta la noción de soberanía de una manera absoluta, ello se opondría a toda organización internacional capaz de facilitar la puesta en acción de esa responsabilidad. *Ibidem*, p. 178, con nota a L. Cavare.

⁷ Arena Cobos, María de los Ángeles, “El derecho internacional y la organización de la comunidad internacional”, en http://www.universidadabierto.edu.mx/Biblio/A/AraMaAngeles_DeInternal.htm, con cita a Max Sorensen, *Manual de derecho internacional público*, Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 507, dice: “La propia Corte Permanente de Justicia ha declarado, en el caso Chorzow Factory de 1928, que «es un principio de derecho internacional y aun un concepto general del derecho, que cualquier incumplimiento de un compromiso imponga la obligación de efectuar una reparación»”.

losofo del derecho inglés John Austin, en *The Province of Jurisprudence Determined* (publicado originalmente en 1832), respecto a la imposibilidad de ejecutar sobre los distintos Estados sus mandatos.⁸

Austin creía que, en palabras de la profesora Oxford,⁹ “...those sovereigns could not bind each other”, faltando, por ende, en el derecho internacional público un elemento esencial para que este mismo fuera considerado un derecho en esencia, o, para no ser tan terminantes, un derecho con capacidad de actuación concreta.¹⁰

Tal objeción, en modo alguno, resulta desactualizada, ya que tanto en los ámbitos deliberativos y judiciales internacionales, la crítica a la substancialidad del derecho internacional público, y en particular al concepto

⁸ “Positivist International lawyers have long been haunted by the ghost of the English Legal philosopher John Austin, who argued that international law is not law «properly so called». The essence of the well-worn Austinian argument is that law is the command of a sovereign in the character of a political superior, backed up by force and habitually obeyed”. Orford, Anne, “Positivism and the Power of International Law”, en <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MULR/2000/19.html>, 2000, sobre el libro de Michael Byers, *Custom, Power and the Power of Rules International Relations and Customary International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 1999).

⁹ *Idem*.

¹⁰ Debo reconocer que resulta difícil la conceptualización de este párrafo. En primer lugar, resulta obvio que una de las características que hacen a la esencia del derecho es un, relativamente voluntario, seguimiento a determinadas reglas sociales impuestas en beneficio del individuo y de la sociedad en conjunto, y que, por ende, los conceptos indicados por Austin para aceptar algunas ramas y otras no, resulta de una lógica tradicional intachable. Pero en la actualidad esta acepción clásica se encuentra en mutación. Como se verá más adelante, la nueva operatividad de las reglas que hacen a la responsabilidad internacional del Estado responden a un nuevo tipo de norma jurídica, ajena a la tradicional imposición de un superior sobre un inferior (*cf.* Aranguren, Juan-Cruz, *Derecho administrativo y globalización*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 167-176). En cierta medida, y adelantando una conclusión, no es el derecho administrativo quien va tomando espacios tradicionales del derecho internacional público, sino que, en algunos casos, cuando no hay normas de integración regional, las nuevas reglas de juego que la globalización impone culminan en una síntesis de conceptos de derecho internacional público y derecho administrativo, en la cual se plantea una relación nueva entre comunidad global, individuo y Estado nacional. Esta relación creo que termina asignando una serie de derechos a los individuos de la comunidad internacional cercana a las que tradicionalmente conocemos como “garantías del administrado” (sin demasiada correlación, en este caso, con las conocidas prerrogativas de la administración), pero hasta el momento en que ellas se materialicen, se expande un sistema amorfo e impreciso en que habrá imposición de reglas pero de una manera tan virtual que podrían ser objeto de una crítica similar a la que Austin formula.

de responsabilidad internacional del Estado, resulta latente.¹¹ Al principio legal de igualdad¹² internacional se le contrapone una realidad económico-política cuyo efecto en el derecho internacional ha alcanzado un extremo en el cual las fórmulas tradicionales de relación han dejado casi de tener sentido.

Ello no quita, como también se analizará, que en su versión tradicional, la misma sigue haciendo trabajosos avances, pero, salvo una rápida y profunda adaptación a las nuevas realidades globales, no parece fácil predecirle un futuro muy venturoso a este tipo de iniciativas. En tal sentido, la obra de Byers apunta a una conjunción de principios que hacen inteligibles las reglas de ejecución en el derecho internacional.¹³

Cabe adelantar como primera conclusión que uno de los mayores obstáculos que presenta la mirada tradicional sobre la responsabilidad internacional del Estado, en el sentido en que se entiende por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, es que la misma resulta

¹¹ A efectos de demostrar esta crítica bastan los siguientes ejemplos: a) respecto de los órganos deliberativos, la actuación de la ONU es constantemente cuestionada; véase, por ejemplo, el artículo de la revista *The Economist*, del 10. de diciembre de 2004, titulado "Towards a More Relevant United Nations". Uno de los efectos de esta inoperancia se ve materializada en su imposibilidad de convertirse en un referente capaz de regular un sistema de responsabilidad internacional del Estado. Basta de ejemplo los vaivenes sufridos en el tiempo por los diversos proyectos de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado realizados en el marco de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, de los que cuenta David Caron en "The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship Between form and Authority", en <http://www.asil.org/ajil/ilcsymp6.pdf>, 2002, p. 858, o Aurelio Pérez Giralda en "El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados, al final del camino", en <http://www.reei.org/reei4/PerezGiralda.pdf>, 2001, y b) respecto de órganos judiciales de derecho internacional tradicional, la crítica efectuada por Eric A. Posner, "The International Court in Decline", en el *International Herald Tribune* del 13 de enero de 2005, p. 8, en donde manifiesta que la Corte es "incapaz de resolver disputas", y da efectiva cuenta de cómo los Estados perdidosos no afectan sus conductas en lo más mínimo como consecuencia de sus sentencias.

¹² "A dwarf is as much a man as a giant is; a small Republic is no less a sovereign state than the most powerful Kingdom". Emmerich de Vattel, citado por Byers, Michael, "Power Obligation and Customary International Law", *11 Duke J. of Comp. & Int'l L.* 81, p. 81.

¹³ "I soon began to identify the distinction between «*opinio juris*» and «*State Practice*» with the distinction between international law and international politics, between what States might legally be obligated to do, and what they actually did as a result of a far wider ranger of pressures and opportunities" (Byers, 1999, p. XI).

carente de operatividad y ejercicio real respecto de los Estados que vulneren sus disposiciones.¹⁴

Esta conclusión, reitero, es preliminar, ya que por diversos efectos, al mismo tiempo que las estructuras tradicionales de la responsabilidad internacional del Estado, y del derecho internacional en general, se resquebrajan, el nuevo sistema administrativo globalizado, incluido el futuro de responsabilidad internacionalizada o global del Estado, recién comienza a manifestarse de manera esquivada y a través de al menos tres formas: la “voluntaria”; la formal, derecho de los tratados de integración, y la global propiamente dicha.

III. LAS NUEVAS FORMAS LEGALES INTERNACIONALES

1. *La voluntaria*

Siguiendo una tendencia universal, la Argentina ha quizá exteriorizado una voluntad internacionalista voluntaria que, como suele sucederle a aquel jugador que muestra todas sus cartas en la mesa antes de tiempo, le

¹⁴ Creo que mucho del llamado de David Caron a que los artículos propuestos por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU se consideren como “autoridad” (“The articles already have had, and will continue to have, tremendous effect on legal thinking, arbitral decisions, and perhaps state practice”) y no ley (“...the ILC, perhaps from wisdom and perhaps from hubris, may be pushing the limits of its legitimacy to state what the law is...”) son también resultado de la poca relevancia que los Estados le han dado a la fecha a dicho texto, y su poca voluntad a obligarse mediante ellos a un sistema codificado de responsabilidad internacional del Estado. Véase Caron, *op. cit.*, nota 11, p. 861 (“All these considerations suggest to me that codification of the law of state responsibility is a risky proposition. A better approach might be an authoritative scholarly statement of the law that would provide some guidance and clarity, yet also grow and change as it confronted the tests that the world will present”). Citando al Special Rapporteur de la ILC sobre este tema, el profesor James Crawford señala que: “Those governments (for example, Austria, China, Japan, the Netherlands, the United Kingdom and the United States that «doubt[ed] the wisdom of attempting to codify the general rules of State Responsibility in treaty form»). Cabe recordar que la labor de la ILC lleva ya cuarenta años con numerosas demoras (*cf.* Caron, *op. cit.*, nota 11, p. 861) y la resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU respecto estos artículos fue la de “tomar nota” de los mismos. *Cfr.* Naciones Unidas, Resolución 56/83, *85th Plenary Meeting 12 December 2001*. Quien desee profundizar en este tema, el profesor Crawford posee un sitio de Internet (<http://ilcil.law.cam.ac.uk/ILCSR/Statresp.htm>) con mucho material sobre los artículos de responsabilidad internacional del Estado y otros documentos relacionados con este tema.

ha traído no pocos problemas y una necesidad actual de limitarla intempestivamente (ante la crítica unánime de los agentes más representativos de la globalización económica). En tal sentido, es Argentina un buen ejemplo para analizar algunas características del afán individual de dar operatividad a la normativa foránea y a las decisiones de tribunales extranjeros de manera individual y sin compromiso recíproco de otras partes. En cierta medida, la crisis en Argentina nos “ayuda”, si se puede decir un tanto oscuramente, a evaluar también cómo las realidades económicas y sociales transforman el derecho de manera sideralmente más veloz que antaño y sus consecuencias.¹⁵

La Argentina, como es sabido, plasmó en su texto constitucional una de las aceptaciones más amplias de la operatividad del derecho foráneo dentro de su territorio que jamás se haya verificado en país americano.¹⁶

Este movimiento, que algunos autores han denominado de “internacionalización del derecho administrativo argentino”,¹⁷ fue receptado por

¹⁵ Este fenómeno, que creció en la década de 1990, tomando como punto culminante la reforma constitucional de 1994, ha tenido en la práctica un brusco freno con el comienzo de las demandas realizadas por numerosas empresas ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, dependiente del Banco Mundial (CIADI), en reclamo de derechos otorgados por tratados de protección recíproca de inversiones y las nuevas interpretaciones jurisprudenciales que la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina sobre laudos extranjeros una vez consumado el default de la deuda y el llamado proceso de “pesificación” de la economía nacional. En síntesis, cuando los Estados otorgan demasiado en algún momento histórico, no es ilógico prever una reversión.

¹⁶ Véase Constitución Nacional de la República Argentina, artículo 75, inciso 22, en el cual no sólo se indica que los tratados internacionales tienen una “jerarquía superior a las leyes”, sino que se ha incluido diversos tratados de derechos humanos como anexo al texto constitucional, indicando que los mismos poseen “jerarquía constitucional”. En concreto, ha sido el primer punto el que más problemas le ha traído a Argentina, ya que el poco claro concepto de “jerarquía superior a las leyes” lleva a considerar que los derechos otorgados a un tercero foráneo mediante un tratado tienen un efecto distinto en la Argentina que en su contraparte. En efecto, como ha sido una conocida postura de aquellos inversores extranjeros que reclaman hoy en día en contra de la Argentina en el marco del CIADI, un tratado otorga derechos superiores a los extranjeros de los que gozan los nacionales. Al mismo tiempo, el artículo 75, inciso 24, da luz verde a la delegación de competencia y jurisdicción a “organizaciones supraestatales”, dando a “las normas dictadas en su consecuencia” (creemos que la Constitución se refiere al llamado derecho derivado, típico del estudio del derecho comunitario europeo, pero ésta no deja de ser una interpretación restrictiva) también una jerarquía superior a la de las leyes.

¹⁷ Quienes más han analizado este proceso y sus efectos en Argentina han sido los profesores Agustín Gordillo (*Tratado de derecho administrativo*, 8a. ed., Buenos Aires,

la jurisprudencia argentina en numerosos casos, algunos aun previos a la reforma constitucional¹⁸ y otros con posterioridad a ella, reafirmando dicho principio.¹⁹

El efecto ha sido tal, que un concepto generalmente impreciso y carente de fuerza ejecutiva, como el de “responsabilidad internacional del Estado” en el sentido internacionalista clásico del instituto, adoptó súbitamente una relevancia crítica en el desarrollo del derecho argentino, previo al default.²⁰ La actuación de los tribunales argentinos no ha estado exenta de excesos en sus análisis de la aplicación de los derechos otorgados por los tratados al derecho interno, hecho no difícil de comprender,

FDA, 2003, t. I, capítulo VI) y Jorge Luis Salomoni (“La defensa del Estado en los conflictos derivados de la aplicación de los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones: el caso de las prestadoras privadas de servicios públicos”, *El Derecho* —administrativo— 28 de octubre de 2003).

¹⁸ CSJN, “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros”, del 7 de julio de 1992, publicado en *La Ley*, 1992, C-543.

¹⁹ *Cfr.* CSJN, “Cafés La Virginia S. A.”, del 13 de octubre de 1994, Fallos 317:1282, en el cual la Corte indico que “el legislador [argentino] no tiene atribución para modificar un tratado por una ley y si bien podría dictar una ley que prescribiese disposiciones contrarias a un tratado o que hiciese imposible su cumplimiento, ese acto del órgano legislativo comportaría una trasgresión al principio de la jerarquía de las normas (artículo 31 de la Constitución Nacional) y sería un acto constitucionalmente inválido”; así como el ministro Boggiano, en su voto, tomó autoridad para el caso argentino de precedentes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con el objetivo de expresar que los particulares pueden invocar directamente normas comunitarias ante los tribunales nacionales.

²⁰ *Cfr.* C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, 3 de octubre de 2000, RBK Argentina S. A./T. F. 9434-A v. Dirección General de Aduanas, Causa: 1.655/00, en la que expresamente se consideró que: “...cabe recordar una vez más que cuando el país ratifica un tratado internacional se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que el tratado contemple, máxime si éstos están descriptos con una concreción tal que permita su aplicación inmediata. Por ello, la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar la responsabilidad internacional del Estado argentino (Fallos 318:2639, con cita a Verdross). La intervención de los órganos judiciales nacionales resulta un mecanismo idóneo para impedir que la responsabilidad del Estado nacida por el incumplimiento de lo convenido internacionalmente genere la sanción de los organismos internacionales competentes dentro de la organización del tratado”. La lectura de este párrafo merece comentarios que exceden, y en mucho, la intención de este trabajo; a modo de complemento de su lectura indico al lector que el tratado bajo análisis de la Sala IV de la Cámara de Apelaciones no era de “integración” en el sentido estricto del término (no era el Mercosur) sino el de la Organización Mundial de Comercio.

en particular cuando éstos, salvo en el caso del derecho de integración regional, son más propensos a precisar principios a seguir que mandatos de derecho en sentido estricto.²¹

Así, por ejemplo, se verifica el caso de que la aplicación de principios de derecho internacional ha derogado, en circunstancias especiales, las normas locales respecto a los plazos para producir pruebas,²² y también, en mi opinión, se ha abusado de su falta de especificidad para justificar conductas claramente contrarias a derecho, aun cuando de sensibilidad social particular.²³

Pero el caso concreto ha sido que, al menos durante un tiempo, fue claramente aceptada por la legislación,²⁴ las cortes²⁵ y parte de la doctrina argentina,²⁶ la operatividad de las normas internacionales dentro (y por encima) del espectro jurídico argentino, incluyendo las de responsabilidad internacional del Estado.

Resulta paradójica tal inclinación, que como ya vimos muestra severas restricciones. Además, en general, las interpretaciones internacionales son prácticamente desconocidas para el argentino promedio, careciendo de cualquier ascendiente social o moral sobre éste para forzar el respeto a sus decisiones.²⁷

²¹ Véase Caron, *op. cit.*, nota 11; Salomoni, Jorge Luis, “El origen, la organización y el funcionamiento del Mercosur”. La lectura de los tratados de derechos humanos incluidos en la Constitución argentina son buena muestra de ello.

²² Véase Cámara Nacional del Trabajo, Sala IV, del 29 de junio de 2000, “W. A. c/ Anselmo L. Morvillo S. A.”, en el cual se valida la inclusión de prueba con posterioridad a los plazos legales para efectuarla como consecuencia de aplicación al caso de principios de derechos humanos. Nuevamente, se hace referencia al deber de los jueces de evitar la “responsabilidad internacional del Estado argentino”.

²³ *Cfr.* C. Nac. Trab., sala 6ª, 26 de octubre de 2000, Armella, Miguel A. v. Aerolíneas Argentinas S. A., JA 2001-I-196.

²⁴ Véase nota 16.

²⁵ Véanse las notas 18 y 19, además de CSJN, Fallos 317:492.

²⁶ “Al mismo tiempo que disminuye la responsabilidad interna del Estado (contrariando la evolución histórica que ha sido creciente hacia la responsabilidad del Estado) aumenta la responsabilidad internacional del Estado”. Gordillo, Agustín “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional”, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*.

²⁷ La introducción de la responsabilidad internacional del Estado en la Argentina no fue el resultado de un movimiento social generalizado, ni mucho menos. No hay tribunal, con la sola excepción de la Corte Interamericana de Justicia (cuyo procedimiento de por sí es particular y su fuerza moral nace estrictamente relacionada con los atropellos cons-

¿Cuál es el futuro del sometimiento voluntario al derecho internacional? En su sentido tradicional, escaso.

Cuando los costos de esta inserción voluntaria en el caótico, y no precisamente justo, mundo globalizado comienzan a crecer, la restricción interna es automática.²⁸ La Argentina, continuando con el ejemplo, ya ha hecho manifiesta su intención de permitir a sus nacionales el aprovechamiento de los tratados de derechos humanos y ha incrementado su sojuzgamiento a la Corte Interamericana de Derechos Humanos pero también empieza a manifestar que desconocerá, simplemente, los laudos extranjeros motivados en tratados que, según su ordenamiento interno, tienen una jerarquía superior a las leyes.²⁹ Desde un punto de vista geopolítico, hay pocos que pueden levantar la primera piedra en contra de esta actitud “soberana”; son innumerables los casos y oportunidades en las cuales una nación desconoció reglas internacionales en pos de objetivos internos, cuya mutación en el tiempo no pudo prever. Pero es válida la referencia para indicar que si nos queremos acercar a un concepto operativo de responsabilidad internacional del Estado moderno, no es éste el camino que conduce a los mejores resultados. Por el contrario, una vez conformadas las bases de los cauces que veremos a continuación, quizá se cristalicen en los derechos internos de cada país, a los cuales —a mi entender— Argentina, imprudentemente, se les adelantó. Pero las causas de este fenómeno serán otras, la materialización en el derecho interno, un resultado y no un medio.

Ahora bien, hay dos esquemas en los cuales los derechos internacionalmente reconocidos a nacionales, y aun los derechos de extranjeros, deben ser respetados por los Estados, y su eventual incumplimiento ge-

tantes que ha sufrido Latinoamérica respecto las obligaciones de sus Estados para con los derechos humanos) en posición, aun informal, de imponer sus decisiones respecto de la Argentina socialmente o hacerlas respetar. Esto resulta aún más sorprendente si notamos que hablamos del país en el cual sus instituciones básicas han sido severamente criticadas en numerosas ocasiones y ha sufrido constantes crisis en las últimas décadas. Sólo aquellos que implican una conveniencia para el país en su conjunto, como la WTO, pueden imponer sus decisiones bajo el abanico de represalias comerciales.

²⁸ *Cfr.* CSJN, “José Cartellone Construcciones Civiles S. A. c/Hidronor S. A. s/ proceso de conocimiento”, del 1o. de junio de 2004, expediente J. 87 XXXVII.

²⁹ Las críticas contra los procedimientos del CIADI y los tratados de protección recíproca de inversiones se incrementan a nivel político y doctrinal en Argentina en directa proporción a la cantidad de arbitrajes que inician empresas extranjeras ante dicho tribunal arbitral.

nera una nueva forma de responsabilidad internacional del Estado que se encuentra en pleno desarrollo. Para su análisis, partiremos del siguiente esquema:

DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO
(POCA INCIDENCIA A CAUSA DE SU FALTA DE OPERATIVIDAD)



2. La formal. Los tratados de integración

La primera de las formas bajo examen es suficientemente conocida y sus características principales analizadas, en general, bajo el ejemplo de la Comunidad Europea (y los constantes avances que ella produce), atento a lo cual cabe centrarnos sólo en los temas vinculados directamente a este trabajo sin detenernos en sus características originarias. Dentro de estos tratados se incluyen también aquellos en los cuales los Estados, por voluntad propia —es decir, decisión soberana—, declinan, casi paradójicamente, su soberanía.³⁰

³⁰ *Tratados de derechos humanos* como, por ejemplo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito

Tenemos aquí una base de responsabilidad que, en cierta medida, coincide con el concepto internacionalista general que tantas dificultades —según hemos visto— ha generado al presente: una aceptación formal de los Estados a someterse a un superior supranacional por ellos conformado, en beneficio de sus propios ciudadanos.

A los efectos de analizar este concepto cabe referir el caso *Franco-vich*,³¹ en el cual un Estado debe indemnizar a sus ciudadanos por el incumplimiento de disposiciones dictadas por órganos supranacionales en el marco de un proceso de integración,³² pero lo verdaderamente interesante es cuando los nacionales, a través del efecto integrador, pueden imponer los derechos a ellos reconocidos en países extranjeros por medio de los órganos supranacionales producto de la integración³³ y los ciuda-

to de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño. *Tratados de liberación del comercio*, como los enmarcados en la Organización Mundial de Comercio, etcétera. Cabe destacar que los tratados de derechos humanos difieren de los demás en el hecho de que son instituidos para la defensa de individuos en el marco de la actitud ilegal de su propio Estado. Es decir, el nacional es el protegido y el Estado signatario el obligado a responder en caso de no haber respetado los derechos reconocidos en el tratado. En el caso de los demás tratados marco gerenciales de comercio y organismos de crédito multilaterales, sólo los Estados pueden actuar, aun cuando cada vez más inclinados, por los efectos de la globalización, respecto de las fuerzas económicas que operan en sus territorios. Es, por ejemplo, sabido que una de las razones principales de Italia para oponerse al otorgamiento de créditos a la Argentina en el marco de su actuación en el Directorio del Fondo Monetario Internacional fue la presión política de los bonistas italianos que padecieron el default de la deuda pública argentina.

³¹ Relatado por Barra, Rodolfo, “Responsabilidad del Estado de la integración”, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*. Asimismo, véase Conway, Gerard, “Breaches of EC Law and the International Responsibility of Member States”, 2002, en <http://www.ejil.org/journal/Vol13/No3/130679.pdf>, donde señala, en la nota 36: “Joined Cases C-6/90 and C-9/90, *Franco-vich and Bonifaci v Italy* [1991] ECR I-5357. The most notable effect of the *Franco-vich* decision was to require in every member state of the EC a new form of remedy for breaches of EC law by the member state, that is, the remedy of a claim for compensation against the state for the breach (see e.g. the commentary in P. Craig and G. De Burca, *EU Law: Text and Materials* (2nd ed., 1998) 236-254)”.

³² Algo en cierta medida similar a lo que realiza la Argentina en caso de ser condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase el caso “Garrido y Baigorria” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2 de febrero de 1996).

³³ Caso de los cónyuges Bryde y la sociedad Centros, relatado por Sabino Cassese en *La crisis del Estado*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2003, p. 138.

danos extranjeros internacionales haciendo valer sus derechos comunitarios dentro de otro Estado foráneo.³⁴

Todo ello, naturalmente, con la posibilidad efectiva de ejercer estos derechos.³⁵ Naturalmente, esta operatividad lleva a la culminación de un proceso que ha requerido la voluntad consensuada de todos sus miembros y sobre el cual gravitan los mismos lineamientos analizados respecto de la responsabilidad del Estado típica del derecho internacional,³⁶ aun cuando, naturalmente, debilitadas al máximo por el sistema de compromiso comunitario, cuando llega a un nivel tal como el logrado en el continente europeo, pareciera improbable su retiro en pos de una recuperación de la soberanía delegada, aun cuando en teoría no excluye esa posibilidad. *A contrario sensu*, en caso de que un país no se encuentre inclinado a responder por su responsabilidad “comunitaria”, también es difícil precisar la conducta que ello generaría entre los demás países.³⁷

Así se proyecta, en conclusión, un sistema que sustancialmente constituye una continuación ideal, en cuanto hace a la responsabilidad internacional del Estado, entendido por el derecho internacional público tradi-

³⁴ Véase, por ejemplo, el famoso caso “Bosman” del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia C-93/415, del 15 de diciembre de 1995.

³⁵ “What is special about the EC from the standpoint of public international law is the way in which the Community institutions were given powers of a legislative and governmental nature independent of the member states. Conway, *op. cit.*, nota 31.

³⁶ “Originally, the ECJ had a declaratory jurisdiction only, and had no means of enforcing its decisions against member states. This situation has changed with the possibility of a fine (under article 228, ex article 171, discussed below) on member states for failure to adhere to the Court’s judgment (although the Court has no way of enforcing in turn a failure to pay any fine so ordered) and the availability to the Court of an order for interim measures against a member state [developed by the EC] itself in such cases as Case C-213/89, *Factortame I* [1990] ECR I-2433: see Hoskins, «The Relationship Between the Action for Damages and the Award of Interim Measures», in T. Heukels and A. McDonnell (eds.), *The Action for Damages in Community Law* (1997). The effect of Article 228 was largely pre-empted by the ECJ decision in Joined Cases C-6/90 and C-9/90, *Francovich and Bonifaci v. Italy* [1991] ECR I-5357, that member states were obliged, as a principle inherent in the system of the EC Treaty, to compensate individuals who suffered loss as a result of a member state’s failure to adhere to Treaty obligations. See generally A. Arnulf, *The European Union and its Court of Justice* (1999), 29-30 and 143-189; and L. Neville-Brown and T. Kennedy, *The Court of Justice of the European Communities* (5th ed., 2000) 285-289”. Conway, *op. cit.*, nota 31.

³⁷ Ejemplos de desconsideración a los acuerdos preestablecidos de integración son corrientes en aquellas asociaciones que recién comienzan su existencia. El Mercosur ha sido un claro ejemplo de ello.

cional. Un sistema mediante el cual los Estados particulares ceden voluntariamente su soberanía en determinadas cuestiones a órganos supranacionales (aunque constituidos por ellos mismos también),³⁸ y que en función de tal consenso comienza una derivación de derechos hacia los individuos miembros de esos bloques regionales que, a efectos de la mayor integración “dirigida” por los Estados, amplían su base de derechos incluso respecto de los mismos Estados de los que originalmente forman parte.

No resulta novedoso pregonar una mayor profundización de esta forma de integración, cuyo efecto sin duda será *a*) una mayor amplitud del campo en el cual interactúa este tipo de responsabilidad internacional estatal, sobre la base de países que de común acuerdo conceden una delegación de soberanía en órganos supranacionales, aun cuando este proceso es lento, y *b*) un desarrollo más tecnificado de los institutos generados en el marco comunitario, en tanto los mismos encuentran ahora un ámbito fecundo donde desarrollarse a consecuencia de la estabilidad de las instituciones comunitarias, el deseo generalizado a nivel de las naciones de participar de ellas³⁹ y la creciente capacidad de los órganos principales de estas instituciones supranacionales regionales de hacer respetar sus decisiones.

Queda así configurado un campo intermedio entre el esquema tradicional y el que impulsa la globalización económica. No es novel a la idea del jurista una organización supranacional enmarcada en tratados, ni aun el hecho de que la misma tenga ciertas potestades frente a los Estados que la integran; sin embargo, huelga decir que el nivel de profundidad a los que se llega, tanto en integración regional (EC) como mundial en determinadas áreas específicas (WTO), hacen suponer el nacimiento de un nuevo derecho internacional público, en el cual los Estados partes se rigen no tanto como iguales soberanos, sino como partícipes indisolubles de un sistema regional genérico.

En efecto, mas allá de determinados principios propios del sistema integrado, y como un retorno a los principios generales del derecho que to-

³⁸ Tradicionalmente, todo organismo internacional (FMI, ONU, WTO, etcétera) ha sido producto del derecho internacional clásico, con directa y casi exclusiva intervención de los gobiernos en sus órganos de control y una directa influencia política, más que técnica, en sus decisiones.

³⁹ En mucho motivado por la aceptación generalizada de los mercados a escala, que son los únicos motores de la economía en general.

do nacimiento de un sistema nuevo genera, a los fines de su acomodamiento e inserción en jurisdicciones diversas,⁴⁰ entiendo que las características básicas del derecho integrado no difieren en demasía de las acostumbradas en cada país en particular, a las que Austin daba como básicas para un sistema legal en sentido estricto, y en tal sentido se va conformando un órgano supranacional que puede imponer, no a pares soberanos, sino a futuros súbditos complacientes, una voluntad superior.

Es grato comprobar que éste no es un cambio radical o total de paradigmas, sino la consecución lógica de un proceso, del cual no podremos precisar todos sus alcances pero contempla una marca de nacimiento: son los Estados quienes actúan principalmente en este ámbito, y de su apego a las fórmulas de integración en sentido amplio se genera para los ciudadanos el goce de nuevos derechos. Con el tiempo, estas fuentes seguramente se verán relegadas a una apreciación histórica, y sus orígenes, un relato de lo que ya resulta sobreentendido para todo ciudadano de un bloque regional integrado o una organización internacional surgida de tratados, pero a la fecha esta distinción tiene singular relevancia. Si las fórmulas del derecho integrado son hoy una revolución jurídica, mayores deben ser los calificativos para los cambios acaecidos en los Estados, sus ciudadanos y sus derechos como consecuencia del proceso de globalización puro que se da a nivel mundial.

Veamos algunas características de este fenómeno.

3. La globalización y la crisis del Estado. Hacia un nuevo tipo de responsabilidad global del Estado

Previo al análisis de los efectos que considero tendrá la globalización sobre la responsabilidad internacional del Estado, y, por ende, una mirada sobre sus efectos en el derecho en general en sus características más básicas, es necesario hacer una breve reflexión sobre la actualidad del derecho propiamente dicha.

En mi opinión, el derecho sufre hoy día un embate poco analizado por sus profesionales, en su particular relación con las otras ciencias. Si bien el análisis pormenorizado de este fenómeno implicaría un trabajo de investigación mayor, ello no impide precisar que actualmente el derecho requiere justificar frente a las demás ciencias su razón de ser, y más que

⁴⁰ Véase nota 21.

nada, la razonabilidad de sus mandatos, en contraposición con los mandatos de las demás ciencias.

Al menos en la enseñanza tradicional del derecho en Argentina, éste es muy singular. El derecho siempre ha sido identificado como autoridad en sí misma, y los conceptos de los cuales nutría sus mandatos estaban fuera de las ciencias sociales y aun las científicas. Su mandato provenía de principios filosóficos, inmateriales y ajenos a la realidad cotidiana.

Hoy se nos conduce a nuevas formas de justificación de lo jurídico. Así, en palabras de Juan-Cruz Allí Aranguren:⁴¹

El Estado social hizo perder al derecho moderno las atribuciones de sistemática, generalidad y estabilidad que le caracterizaban por efecto de la proliferación de normas, que redujo la cohesión de orden jurídico y alteró su estructura; por la pérdida de las reglas lógico-deductivas en normas-macro para cuestiones concretas con amplio margen de apreciación y definición de las condiciones y objetivos de las situaciones determinadas, que vacían de contenido el principio de la legalidad; aumento del contenido técnico y de las referencias específicas que hacen perder la generalidad.

De tal modo que “el derecho no representa las características formales que eran suyas tradicionalmente y acreditaban su racionalidad”.

Hoy, la realidad se impone al derecho, y lo arrincona constantemente. El solo marco lógico ascético del mismo resulta casi injustificable frente a los requerimientos sociales y económicos. Ha caído el justificativo de la fuerza, que tradicionalmente lo sostenía; el resto de las ciencias le han perdido miedo y exigen evidencias de sus postulados. Hoy el derecho precisa justificar su voluntad, no es autoridad en sí misma. Este cambio, fundamental en la composición del derecho, y de la cual derivan un sin número de nuevas aproximaciones a su estudio, dentro de los cuales uno de los más conocidos es el denominado análisis económico del derecho, merece un análisis inmediato en sus formas y características por parte de sus profesionales, ya que un letargo en viejas fórmulas anacrónicas, mientras nuestro objeto de estudio toma nuevas formas es, sin duda, la mejor manera de perder contacto con la realidad, hecho que obviamente nunca altera la realidad y golpea a quienes la ignoran.

Sobre este particular, aun cuando seguidamente lo veremos en mayor detalle, vale adelantar algunos conceptos del profesor Sabino Cassese en

⁴¹ Aranguren, Juan-Cruz, *op. cit.*, nota 10, p. 168.

su brillante trabajo *La crisis del Estado*,⁴² en el cual, refiriéndose a las características del *Global Governance*, indica: “Mientras en los ordenamientos generales precedentes, los Estados se erigieron como defensores de valores religiosos y morales, los ordenamientos generales y especiales globales pretenden gobernar valores económicos y materiales. La justificación de nuestra ciencia, hoy por hoy, es distinta a la que nos enseñaron en nuestras facultades”.

No es intención de este trabajo profundizar en una pormenorizada explicación del fenómeno globalizador,⁴³ sin embargo, algunas precisiones de las mismas⁴⁴ llevan a concluir que no es, precisamente, un movimiento direccionado por los Estados,⁴⁵ pese a que les afecta directamente.⁴⁶

Habitualmente se explica el sistema integrador regional como una de las consecuencias de la globalización;⁴⁷ entiendo que ambos muestran

⁴² Cassese, Sabino, *op. cit.*, nota 33.

⁴³ En general, suele entenderse como globalización económica al “fenómeno actual de creciente apertura y transnacionalización de los mercados de materias primas, producción, capitales, finanzas y consumo, con el consiguiente incremento drástico de la movilidad de las actividades económicas y de las empresas y la cada vez mayor interdependencia económica de los distintos países”. Véase Puigpelat, Oriol Mir, “Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo”, *Cuadernos Civitas*, Madrid, 2004.

⁴⁴ Los componentes principales de la misma han sido categorizados como *a)* internacionalización del comercio, finanzas e inversiones; *b)* rápido avance tecnológico; *c)* disminución de paradigmas políticos y culturales; *d)* nacimiento de nuevos movimientos sociales de influencia local y transnacional; *e)* estandarización de los sistemas de seguridad globales, y *f)* internacionalización de problemas transfronterizos, mas en razón de su efecto que de su lugar de acaecimiento. *Cfr.* “Globalization and State: an Overview Group of Experts on the United Nations Programme in Public Administration and Finance”, 15a. Sesión, 8-12 de mayo de 2000.

⁴⁵ La consecuencia más importante de la globalización, a decir de Puigpelat (*op. cit.*, nota 43, p. 38), es precisamente la progresiva erosión del Estado nación como espacio territorial y social en el que se elaboran de manera autónoma las normas jurídicas aplicables al mismo.

⁴⁶ “Globalization involves complex interactive processes that internationalize domestic policy-making and subject foreign policies to growing domestic pressures... Nation States vary enormously in scale, but both the smallest and the largest face a narrowing of options resulting from globalization”. *Cfr.* “Globalization and State: an Overview Group of Experts on the United Nations Programme in Public Administration and Finance”, *cit.*, nota 44.

⁴⁷ Prácticamente todo trabajo jurídico sobre globalización contiene análisis del derecho de la integración y viceversa.

ciertas disimilitudes claves, siendo la principal que el derecho de la integración en un fenómeno político, dirigido originalmente por los Estados, mientras que la globalización es un fenómeno económico cultural que impacta sobre los ordenamientos jurídicos con total prescindencia de la voluntad de los Estados a someterse a sus mandatos o no.

En síntesis, los Estados en la aldea global, como cualquier ciudadano en su país de nacimiento, deben conformarse a ciertas reglas a seguir aunque no las hayan elegido, pues el tratar de evitarlas acarrea consecuencias inmediatas. Aún más hoy, en la aldea global, los Estados conviven, seducen y se pelean con los verdaderos motores de la globalización: las empresas multinacionales.⁴⁸

Esta verdadera pérdida de poder soberano involuntaria⁴⁹ tiene un impacto profundo en la concepción del Estado,⁵⁰ las características principales del derecho en general,⁵¹ el derecho administrativo en particular⁵² y las futuras características que presentará,⁵³ como consecuencia de ello, la

⁴⁸ “«Soberanas» en la globalización son las grandes empresas multinacionales”, Casese, Sabino, *op. cit.*, nota 33, p. 43.

⁴⁹ “La crisis del Estado involucra la pérdida de unidad de mayor poder público internamente y la pérdida de soberanía en relación con el exterior”. *Ibidem*, p. 32.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 151. Indica como paradigmas tradicionales del Estado: 1) el carácter exclusivo del sometimiento de un sujeto a un ordenamiento jurídico estatal único; 2) la centralidad del Estado, y 3) que la ley asegura la medida y el control del poder público y, por ende, circunscribe exactamente sus competencias. A ellos contraponen que, en la actualidad, a) se registra un pasaje de una estructura ordenada desde lo alto a un esquema de autoordenación; el ordenamiento jurídico se transforma en una elección; b) el monismo estatal se sustituye por un conglomerado de derechos también incompatibles, con diversos agentes que la aplican y con un objetivo orientado al beneficio económico en lugar de la concreción de un sistema filosófico-jurídico determinado.

⁵¹ Este cambio de los paradigmas estatales impacta, naturalmente, en el ordenamiento jurídico. En tal sentido, “la posmodernidad significa que todo derecho es relativo, que existe una heterogeneidad y complejidad de fuentes creadoras de normas jurídicas y que se impone el pragmatismo, la flexibilidad y la adaptación”. Aranguren, Juan-Cruz, *op. cit.*, nota 10, p. 169.

⁵² La pérdida de soberanía estatal tiene “...una consecuencia evidente y fundamental a nuestros efectos: el derecho en general, y el derecho administrativo en particular, proviene cada vez menos del Estado nación”. Puigpelat, *op. cit.*, nota 43, p. 59.

⁵³ Para Auby, la globalización, además de multiplicar las situaciones transnacionales, ejerce una presión a favor de la armonización de los conceptos y las soluciones jurídicas a favor de la difusión de estándares jurídicos internacionales, propiciando la permeabilidad creciente de los sistemas jurídicos transnacionales.

responsabilidad del Estado en particular⁵⁴ y, en mi opinión, comienza a determinar los caracteres de la personalidad jurídica global y la consecuente responsabilidad del Estado global.

En efecto, la globalización impone a los Estados un condicionamiento económico al cual éste debe adaptarse a los fines de no quedar rezagado en la carrera tecnológica y los nuevos parámetros de bienestar.⁵⁵ Este objetivo se encuentra condicionado por fuerzas económicas que el Estado, a lo sumo y en colaboración con los demás miembros de la comunidad de Estados internacional, puede apenas intentar regular y seguir.⁵⁶

Este condicionamiento le impone la adopción de un nuevo esquema de actuación en su relación con la aldea global,⁵⁷ aunque es de reconocer que tal espíritu de colaboración intergubernamental no se encuentra exento de numerosos inconvenientes;⁵⁸ materializando tal colaboración, en con-

⁵⁴ Véase el llamado al cambio en los principios básicos de la concepción de la responsabilidad del Estado español realizado por Puigpelat (*op. cit.*, nota 43, p. 196) con motivo de dar respuestas a los desafíos que presenta al Estado la globalización.

⁵⁵ Resulta evidente a la fecha que los Estados no pueden imponer su visión de bienestar, a la que, por lo menos en la Argentina, originalmente propendieron. En tal sentido, Cassese (*El espacio jurídico global*, 2004, p. 31) indica que la disminución de actividades estatales en los últimos años ha llevado a varios autores a considerar que éste se encuentra en crisis.

⁵⁶ El derecho administrativo deja de ser en buena medida un derecho prestacional y se convierte en un derecho eminentemente policial. Puigpelat, *op. cit.*, nota 43, p. 116.

⁵⁷ Basta de ejemplo el relato realizado por Cassese (*op. cit.*, nota 55, p. 32) respecto a la división del trabajo administrativo en el caso Amadeus. Sin entrar en detalles, Cassese informa sobre la colaboración efectuada entre los servicios de antitrust estadounidense y de la Comunidad Europea en relación con los sistemas informáticos de reservas para transportes aéreos, en el marco de la disputa entre el sistema administrado por Sabre, dependiente de American Airlines, y el sistema Amadeus, propiedad de compañías aéreas europeas, acerca de un presunto comportamiento discriminatorio de estas últimas en favor del sistema Amadeus. Entre las agencias se utilizó (aun cuando fuera formalmente dispuesta por un tratado que data de 1991) por primera vez la práctica del *positive commitment*, el cual Cassese considerara un ejemplo de que la autoridad de un Estado puede iniciar el procedimiento de otro Estado, absteniéndose luego de decidir y remitiéndose a la decisión del otro Estado.

⁵⁸ Siguiendo con el ejemplo de las políticas y actuaciones administrativas en el marco de la defensa de la competencia y sobre los condicionamientos políticos que la regulación internacional conlleva, véase "Extraterritorial Antitrust Enforcement and the Myth of International Consensus", 10 *Duke J. of Comp. & Int'l L.* 191, de Salil K. Mehra, en relación con el caso Boeing. En conclusión del doctor Mehra, el juego político y los intereses económicos de los Estados dentro del ámbito global son un freno a una política

tra muchas veces de la voluntad de su ciudadanía, con un esquema normativo eminentemente debilitado.⁵⁹

El Estado abandona su carácter de guía del desarrollo económico y compete en forma directa (y a través de su ordenamiento) con los demás Estados a favor de sus propias multinacionales⁶⁰ o en la búsqueda de inversión por multinacionales foráneas en sus territorios. De esta necesidad, emparentada con la obligación estatal de sujetarse a principios de eficiencia,⁶¹ surge la flexibilización de prerrogativas administrativas de dos maneras distintas, comprometiéndose el Estado a su no aplicación,⁶² o a su instrumentación en competencia con ordenamientos extraterritoriales (*regulatory competition*).⁶³

neopolicial estatal coordinada. En efecto, concluye que: “If the interest of the United States and other nations were nearly identical, and if there were an international consensus as to its regulation and extraterritorial scope, the interests of both the United States and other nations could be served by a doctrine that encourages courts to restrain the exercise of antitrust jurisdiction in response to comity concerns. But the dispute between Boeing and the European Commission suggests that there is no such international consensus”.

⁵⁹ Sobre las nuevas características del derecho posmoderno, véase Aranguren, *op. cit.*, nota 10, p. 169. Allí indica que “se trata de un derecho que, partiendo de la complejidad real, se convierte en instrumento flexible de regulación, en medio para gobernar sociedades complejas y en útil para un gobierno más abierto y participativo”. Sobre sus caracteres principales encuentra: a) un pluralismo de fuentes de derecho; b) no se reconoce un poder normativo intrínseco; c) es un derecho flexible y adaptable; d) con particular contenido técnico de las normas, y e) una clara preponderancia de su instrumentalidad.

⁶⁰ Como en el caso Boeing, o respecto de las concesionarias de servicios públicos en América Latina.

⁶¹ Puigpelat, *op. cit.*, nota 43, p. 158. “Sabemos ya que una de las consecuencias de la crisis del Estado prestador ha sido la priorización del recorte del gasto público, que ha comportado la exigencia de eficiencia a los poderes públicos y —entre otras medidas destinadas a lograr dicha eficiencia— su creciente sumisión al derecho privado”.

⁶² La llamada “huída del derecho administrativo”. En palabras de Aranguren, *op. cit.*, nota 10, p. 191, “la descentralización funcional también ha revestido en formas ajenas al ordenamiento administrativo, y se ha servido de las que proporcionan el derecho civil, mercantil o laboral, en lo que se ha denominado la «huída del derecho administrativo» y la utilización de las fórmulas y experiencias propias de la economía capitalista”.

⁶³ Puigpelat, *op. cit.*, nota 43, p. 41. “Los Estados nacionales, ante la perspectiva de perder inversiones millonarias de las corporaciones transnacionales (o con la finalidad de atraerlas, en el caso de los países que no cuenten con ellas —normalmente aquellos que se encuentran en vías de desarrollo—) no dudan en adaptar sus respectivas legislaciones a las exigencias empresariales, generándose así una auténtica competencia entre ordenamientos jurídicos nacionales (la denominada *regulatory competition*)”, con cita a Cassese, Sabino, *El espacio jurídico global*, para quien, a criterio de Puigpelat, esta posi-

Este proceso es un camino con sinuosidades y contramarchas, tanto desde el punto de vista social⁶⁴ como legal,⁶⁵ y sobre el cual, además, el Estado busca incidir al máximo de sus posibilidades (*global governance*-nuevo poder de policía),⁶⁶ resultando con evidencia que los Estados se ven obligados a admitir un nuevo tipo de derecho, inclinado hacia la adaptación de reglas globales, blandas, imprecisas, en constante mutación y con fuerte incidencia regulatoria pero, también, de autorregulación. De a poco surgen nuevos principios básicos de personalidad que poco tienen de común con los tradicionales postulados de ciudadanía y soberanía.

En tal contexto, los Estados se verán obligados, a la larga, a reconocer los derechos de la persona global; y tal reconocimiento de derechos trae aparejado, naturalmente, la obligación de responder cuando los mismos sean vulnerados.

A la fecha, en esta etapa de gestación desorganizada de esta nueva personalidad jurídica, sería aventurado pronosticar sus cualidades, y los derechos que podrá exigir sean respetados. De todas maneras podemos contemplar que aquellos Estados que vulneran los principios básicos de libre movimiento de bienes, servicios y capitales, además de con frente directo con determinados valores culturales de propiedad privada y política empresarial de marcado tinte capitalista (las exigencias más básicas de la actual persona global), deban afrontar una responsabilidad por represalia automática. La persona global (es decir, hoy, principalmente, las multinacionales) simplemente se resarcen de tales vulneramientos por vías indirectas.⁶⁷

bilidad de arbitraje de las empresas transnacionales entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales presupone y a la vez impulsa un verdadero “espacio jurídico global”.

⁶⁴ Las posiciones a favor y en contra de la globalización, así como las reacciones generales (y en muchos casos globales) que ésta genera son bastante conocidas.

⁶⁵ Puigpelat, *op. cit.*, nota 43, p. 129. “Las transformaciones que está sufriendo esta categoría jurídico-administrativa [en el caso, el Estado democrático] en los últimos años se caracterizan por la ambivalencia”.

⁶⁶ Sobre *global governance* y sus aristas véase Cassese, *op. cit.*, nota 55, pp. 43-47.

⁶⁷ Al ya reseñado esquema de *regulatory competition*, más la actuación prácticamente de *lobby* que toman determinados gobiernos respecto a la defensa de sus inversiones en el exterior, puede sumarse la reflexión de Gordillo en su conferencia ya citada respecto a la “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional”; interesante —en mi opinión— por la particular sencillez con la que se mueven los centros financieros mundiales respecto a ciertas cuestiones. La reflexión que realiza Gordillo es en relación con el cumplimiento de sentencias arbitrales, aunque tal actitud de represalia se ve más clara-

Sin embargo, no resulta aventurado adelantar que, como toda regla jurídica ha sido consecuencia de la incidencia de factores político-económico-sociales, nuevas reglas de responsabilidad internacional del Estado a causa de la vulneración de las reglas básicas de actuación de la globalización no están muy lejos de nuestra mirada.⁶⁸

Es probable que, a la larga, estos sistemas se plasmen en legislaciones supranacionales dentro de un espectro supraestatal con poderes concretos.⁶⁹ Pero ello resulta a la fecha difícil de predecir. Pareciera que a la luz de lo examinado, el nuevo sistema de responsabilidad estatal, sea internamente reconocido por los Estados o no, se proyecta en dos direcciones distintas: la primera (y más actual), un mayor reconocimiento estatal a los derechos de multinacionales que actúan y puedan actuar en su territorio, respondiendo por los daños que les podrían ocasionar los efectos de la *global governance* o el incumplimiento estatal a reglas preestablecidas con fundamento en la globalización económica; la segunda (y más interesante), que los derechos hoy reconocidos a estas empresas y, como correlato de la cada vez mayor incidencia del reconocimiento de los derechos humanos y las reacciones que, por antidemocrática, hoy sufre la globalización económica, sean extendidos a las persona física extranjera dentro de sus propios territorios por la vulneración de derechos no reconocidos internamente por los ordenamientos jurídicos, pero sí aceptados, en forma general, en la aldea global.

En síntesis, el Estado, convertido en un administrador, responde por reglas no elaboradas por éste, pero obligado —por ser regla de la aldea global— a cumplir y responder.

mente cuando un gobierno no responde a los mandatos de la globalización económica actual. Dice Gordillo: “Si el país no cumple la sentencia, aumenta la calificación de riesgo-país por las calificadoras privadas internacionales, y con ello se eleva la tasa de interés flotante que el país debe pagar por todas sus deudas externas. Si el Estado se alzó formalmente contra una sentencia respetable [en mi opinión, contra las reglas actuales de la economía global], le sale entonces más caro que pagar la condena”.

⁶⁸ Cualquier mirada histórica sobre el derecho denota que el mismo siempre sigue de atrás los comportamientos sociales, culturales y económicos de un lugar determinado. A modo de ejemplo, baste notar que el nacimiento del esquema regulatorio estadounidense (y en buena parte el Welfare State) surge prácticamente a causa del *crash* bursátil de los años veinte y la gran depresión.

⁶⁹ Es la conclusión de Puigpelat (*op. cit.*, nota 43, capítulo V), por ejemplo, que sueña a una sapiente voz de alarma más que a una presunción concreta del futuro.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La responsabilidad internacional del Estado avanza, hoy día, por tres vías paralelas, aunque es presumible que en un futuro lejano todas culminen en un carril único.

Los procesos tradicionales de desarrollo del derecho internacional parecieran detenidos en la tradicional reticencia de los Estados a regular sobre un instituto que impacta directamente sobre sus presupuestos, particularmente en épocas de creciente presión sobre el comportamiento fiscal responsable.

La integración regional, sobre todo la Unión Europea, ha hecho avances significativos a efectos de lograr una armonización de principios generales del derecho aplicables a toda la región, en un esquema relativamente común de derecho supranacional con primacía sobre los sistemas legales nacionales, y organismos supranacionales encargados de lograr, por medios indirectos generalmente, su respeto y aplicación. La presión sobre formas más democráticas en la composición administrativa de la Unión puede derivar en una aplicación aún más directa de la primacía del derecho comunitario por sobre las reglas nacionales de los países integrantes de la Unión.

Un nuevo sistema legal está surgiendo, con características demasiado imprecisas para poder precisar su potencialidad. Este sistema, empujado por la corriente económico-social de la globalización, no responde a orígenes estatales que han desarrollado los sistemas legales desde el Renacimiento. Muy por el contrario, su fuerza excede a los Estados, quienes sólo son partícipes de su crecimiento. Sus intentos de controlarlo, por el momento, se frustran por tres razones: 1) los agentes principales de la globalización actual tienen un poder casi equivalente al de muchos de los Estados; 2) los Estados compiten entre ellos a efectos de tomar la mayor cantidad de inversiones dentro de su territorio, y 3) los Estados carecen de la dinámica necesaria para controlar el flujo de capital, trabajo y valores que las multinacionales manejan en el mundo globalizado.

Este nuevo sistema, creado por las nuevas costumbres legales, apunta hacia un nuevo abanico de derechos que poco coinciden con el reconocimiento estatal de los mismos en un territorio determinado, sino que se asienta sobre ciertos valores —en particular económicos, por ahora, pero que podrían derivar en sociales y culturales— cuyo desconocimiento por

parte de los Estados trae represalias casi automáticas. En vista de que los ordenamientos jurídicos tradicionalmente solidifican situaciones de hecho anteriores, no es aventurado pensar que un nuevo sistema de responsabilidad del Estado global se encuentra en desarrollo, y en el cual los Estados podrían responder por violación a reglas de aplicación global, sin perjuicio de los organismos que crean esas reglas, y muy probablemente, cuando este último se haga realidad, confluirán nuevamente los tres cauces por los que la responsabilidad internacional del Estado fluye actualmente.