

LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA¹

*Zlata Drnas de Clément**

Consideraciones preliminares

En este trabajo enfocaremos, en parte introductoria, muy brevemente, el rol de la Corte Suprema de Justicia Internacional (CSJN) en el plano interno y el internacional y la jerarquía normativa que la Corte ha asignado al Derecho internacional.

Atento a la amplitud del tema del Relato -particularmente, teniendo en cuenta los varios centenares fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN) que hacen referencia a cuestiones vinculadas al derecho internacional- consideramos necesario acotar el estudio en lo que hace al ámbito temporal y a la temática a tratar.

En lo que hace al período a considerar, nos centraremos en los fallos pronunciados tras la reforma de la Constitución Nacional de 1994, sin dejar de hacer referencia a los que la precedieron cuando fueron señeros y precursores de la propia reforma.

En lo que hace al espectro temático, dado que la CSJN en los casos en que se ha ocupado del Derecho internacional, a pesar de tratar numerosos aspectos de ese derecho, *i.a.*: organizaciones-organismos internacionales, agentes diplomáticos, agentes consulares, inmunidad de jurisdicción, responsabilidad internacional, ambiente, extradición, nacionalidad, asilo-refugio, derechos humanos, terrorismo, crímenes internacionales, etc., ha considerado en todos ellos, con visión particularmente innovadora, las fuentes del derecho internacional (particularmente el *ius cogens*) y su rol en el derecho interno, hemos considerado conveniente centrar este relato en el tema “fuentes del Derecho internacional”, con sustento en, aproximadamente, un centenar de fallos y con referencia directa a más de cuarenta.

Analizaremos la posición de la Corte frente a las distintas fuentes del derecho internacional, en particular: a) tratados; b) costumbre; c) principios generales de derecho; d) jurisprudencia; e) doctrina.

¹* Catedrática de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba-Argentina. Profesora Emérita de la Universidad Católica de Córdoba. Académica de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Trabajo presentado en calidad de “Relato” de la Sección de Derecho Internacional Público, en el XIX Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y XV Congreso Argentino de Derecho Internacional, celebrado en Mar del Plata, 27 a 29 de septiembre de 2007.

En último término, analizaremos el grado de apego al principio de legalidad que ha puesto de manifiesto la Corte al aplicar el Derecho internacional en los distintos casos.

Dada la riqueza de los pronunciamientos, se ha hecho necesario hacer una selección de los mismos, la que por las limitaciones de un trabajo como el presente, inevitablemente, resulta pobre frente al riquísimo espectro que nos brindan los fallos de la Corte².

Deseo agradecer las contribuciones de los Miembros Titulares Doctores Arturo Santiago Pagliari, José Dobovšek y María Cristina Rodríguez, quienes con sus comentarios al Primer informe de este relato, han aportado a la concreción del presente.

INTRODUCCIÓN

Rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) es el más alto tribunal de la República, la máxima instancia jurisdiccional. Es la entidad encargada de garantizar el efectivo ejercicio de los derechos constitucionales en su calidad de intérprete final e irrevocable de la Constitución³. Sus sentencias tienen el rango de interpretación firme de la Carta Magna. El dictamen judicial de la CSJN participa de la misma supremacía de la Constitución, al que ningún tribunal en sede interna puede declarar inconstitucional o inválido⁴.

Las sentencias de la Corte poseen un rol funcional determinante por su condición de contralor último -incluso de los otros poderes del Estado- y de ente examinador del cumplimiento de las normas internas y las comprometidas internacionalmente.

Frente a la comunidad internacional, la CSJN es un órgano del Estado, capaz de pronunciar un acto concluyente, resultando sus actos directamente atribuibles al Estado. Toda acción u omisión de este órgano que viole una obligación internacional compromete la responsabilidad internacional del Estado⁵. El principio de la unidad del

² Para asegurar la fidelidad de las referencias, sin modificar los pronunciamientos seleccionados, en lo posible, mantendremos los textos en su redacción original, indicando la cita textual entre comillas y bastardilla. Nos permitiremos resaltar en negrita las partes relevantes para el desarrollo del análisis.

³BIDART CAMPOS, G.J. *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo 1, Ediar, Buenos Aires, 1998, pp. 31, 259-260; BECERRA FERRER *et al. Manual de Derecho Constitucional*, Tomo 1, Advocatus, Córdoba, 1995, pp. 155 y ss. SAGÜES, N.P. *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 24 y ss.

⁴

BECERRA FERRER *et al. "Manual de (...), op. cit., p. 353.*

⁵

El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre *Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos* (aprobado en segunda lectura en 2001), con valor de norma consuetudinaria internacional en buena parte de su articulado, establece que "(s)e considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado (...)" (Art. 4). Por otra parte, el comportamiento de los órganos del Estado que se exceden en el

Estado significa que las acciones u omisiones de todos sus órganos deben considerarse acciones u omisiones del Estado a los efectos de la responsabilidad internacional. Cabe a la Corte un rol esencial al ser la garante de la aplicación efectiva del derecho comprometido internacionalmente en el ámbito interno.

Bien ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en su fallo de 26 de diciembre de 1995 en el Asunto *Méndez Valles, Fernando v. A.M. Pescio S.C.A.* (Fallos 318:2639) que “*la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino*”, y que “*la mera posibilidad de que esta atribución de responsabilidad internacional argentina se vea comprometida (...) con una potencia extranjera configura, de por sí, cuestión federal bastante*” (Cons. 6)⁶. Tal como lo señaláramos, no sólo la “prescindencia” de la aplicación de las normas internacionales vinculantes para Argentina genera responsabilidad, también lo hace la aplicación errónea o violatoria del derecho internacional, pudiendo ser reclamado -en ciertos casos- el Estado argentino en el ámbito internacional por esas violaciones por acción u omisión⁷.

Jerarquía del derecho internacional en el derecho interno argentino

La Reforma constitucional de 1994 ha establecido en el Art. 75.22 que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes nacionales. Ha enunciado en el mismo artículo una serie de instrumentos internacionales relativos a derechos humanos a los que asignó jerarquía constitucional⁸, en las condiciones de su vigencia, aclarando que

ejercicio de su competencia puede también atribuirse al Estado según el derecho internacional, cualquiera que sea la posición de esos órganos según el derecho interno. Debe tenerse presente que el comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones (Art. 7 del referido proyecto). El principio de la unidad del Estado significa que las acciones u omisiones de todos sus órganos deben considerarse acciones u omisiones del Estado a los efectos de la responsabilidad internacional. (Cf. *Informe CDI Comentarios al Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, 2001).

⁶ V. en idéntico sentido, el considerando 29 del fallo de la CSJN de 14 de junio de 2005, en el Caso *Simón, Julio H. y otros s/ privación ilegítima de la libertad* (SJA 2/11/2205), ha expresado, recordando la sentencia de 3/9/2001, en el caso *Barrios Altos* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que “(...) *la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por el Estado parte en la Convención (Americana) constituye ‘per se’ una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado*”. V. asimismo, en igual sentido, el considerando 25 del fallo de la Corte de 16 de agosto de 2006 en el Caso *Boggiano-Remoción* (Lexis N° 35003889).

⁷ La Corte Internacional de Justicia en la *Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, ha expresado: “Es una norma de derecho internacional comúnmente reconocida que el acto de los órganos del Estado debe considerarse como acto de ese Estado. Esta norma [es] de carácter consuetudinario (...)” (*Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, I.C.J., Reports 1999*, para. 62).

⁸ Esos instrumentos son: 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 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

“no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución” y “deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Por el procedimiento especial establecido en la Constitución⁹, incorporó a la serie de instrumentos con jerarquía constitucional a la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas.

Debe tenerse en cuenta que la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados* de 1969 (CVT) (ratificada por la República Argentina el 5 de diciembre de 1972 y entrada en vigor el 27 de enero de 1980)¹⁰, en sus artículos 26 y 27, establece respectivamente: “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”; “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)”.

Aun antes de la Reforma constitucional, la CSJN en los considerandos 18 y 19 de su fallo de 7 de julio de 1992, en el Caso Ekmekdjian, Miguel c/ Sofovich, Gerardo y otros, ha señalado que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados ha alterado la situación del ordenamiento argentino, debiendo asignarse ***“primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado Art. 27”***¹¹⁻¹².

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁹ El procedimiento especial requiere que luego de ser aprobado por el Congreso, obtenga el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

¹⁰

Sólo hacemos referencia a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (entre Estados), si bien, también debiéramos hacer mención de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y Organizaciones Internacionales entre sí de 1986. No lo hacemos atento a que el texto de ambos instrumentos es idéntico en todo, salvo en lo que hace a los sujetos involucrados.

¹¹

Este pronunciamiento se ve reafirmado, *i.a.* en los Casos *Fibraca Constructora S.C.A.c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande* (sentencia de 7 de julio de 1993), *Cafés La Virginia S.A. s/ Apelación por denegación de repetición* (sentencia de 13 de octubre de 1994).

¹²

Es de observar que, de conformidad al Art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ninguna norma de derecho interno es oponible al derecho internacional, incluida la Constitución Nacional. Como antecedente de una interpretación en tal sentido, cabe recordar el dictamen de la Corte Permanente de Justicia Internacional en la Opinión Consultiva sobre el *Tratamiento de Nacionales Polacos*:“(…) un Estado no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el derecho internacional o los tratados en vigor” (*Treatment of Polish Nationals, 1932, C.P.J.I., Series A/B, N° 44*, p. 4. p. 24). Precisamente, el Procurador General sustituto, en el Caso Di Pietro, recuerda este dictamen de la CPJI. (CSJN, 20/08/1996 - Di Pietro, Giovanni s/ extradición - Fallos 319:1427) Llegan las actuaciones a conocimiento de la CSJN con motivo del recurso de apelación ordinaria interpuesto por el Sr. Fiscal de Cámara contra el auto de fs. 679/682 que, al revocar el de la instancia anterior, denegó la extradición solicitada por la República de Italia respecto de Máximo Giovanni Di Pietro por los delitos de secuestro de persona con fines de extorsión, seguido por la muerte del secuestrado como consecuencia no deseada, hurtos y lesiones. Italia había introducido pedido de extradición de Máximo Giovanni Di Pietro ante el Juz. Fed. de 1ª Inst. del Dto. Jud. de Mar del Plata, Prov. de Bs. As.(9-X-79). La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal revocó la decisión del juez de primera instancia por entender que la cuestión ya había sido resuelta por la Cámara Federal de La Plata y no se daban los supuestos a los que aquel tribunal había subordinado la reapertura del caso reservándose la opinión sobre la situación de los ciudadanos italianos que pretenden buscar asilo en este país y que han sido condenados en rebeldía en Italia La denegatoria se basó en la salvaguarda al requerido del recto ejercicio de la defensa en juicio (juzgamiento en Catania en

No sólo los tratados internacionales son normas del sistema jurídico argentino, también lo son las normas consuetudinarias internacionales y los principios generales del derecho. En tal sentido, los Magistrados Nazareno y Moliné O'Connor, en el considerando 16 de su voto separado en el Caso Priebke, Erich s/ solicitud de extradición¹³, han señalado que la costumbre internacional y los principios generales del derecho, de conformidad al derecho internacional, son fuente del derecho argentino: “*la costumbre internacional y los principios generales del derecho (...) forman parte del derecho interno argentino (...)*”¹⁴.

También, en el Caso Simón,¹⁵ el Dictamen del Procurador General, expresa: “(...) las normas del Derecho Internacional vigentes para la República Argentina -y

rebeldía-prófugo de la justicia). El Tribunal concluyó, con apoyo en la doctrina de Fallos: 217:314, 228:640 y 291:154 que procedimientos de esa naturaleza repugnan *principios de orden público* protegidos por la Constitución Nacional Argentina (artículos 18 y 29), en tanto se encuentra excluida, en el régimen procesal extranjero, la posibilidad que el condenado sea sometido a un nuevo juzgamiento con su intervención personal, en detrimento de la garantía constitucional de la defensa en juicio

¹³ CSJN, 02/11/1995 - Priebke, Erich s/ solicitud de extradición / causa n° 16063/94). -JA 1996-I-328.Fallos 318:2148. El fallo de la CSJN se dictó contra la sentencia de la Cám. de Apels. Fed. Gral. Roca que denegó la solicitud de extradición de Erich Priebke formulada por la República de Italia. El Ministerio Público había deducido recurso ordinario de apelación, el que fue concedido. La Corte entendió que el hecho de haber dado muerte a setenta y cinco judíos no prisioneros de guerra, ni absueltos, condenados o a disposición del tribunal militar alemán, ni a disposición de la Jefatura de policía alemana, de entre los trescientos cincuenta y cinco muertos en las particulares circunstancias del caso, configuró *prima facie* delito de genocidio. Ello, sin mengua de otras posibles calificaciones del hecho que quedarían subsumidas en la de genocidio. La Corte hizo lugar a la extradición.

¹⁴ El Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece: “1. La Corte cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59 (...)”. El Art. 59 dispone que “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”. Obsérvese que los “principios generales del derecho” son fuente principal, de carácter autónomo del derecho internacional, a diferencia de su rol supletorio en el derecho interno. Por ejemplo, el Art. 16 del Código Civil dispone: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho en consideración a las circunstancias del caso”.

¹⁵ CSJN, 14/06/2005 - Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad -SJA 2/11/2005.. Julio H Simón interpuso recurso extraordinario contra el pronunciamiento de la sala 2ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Bs. As. que confirmó el auto de primera instancia que decretaba el procesamiento con prisión preventiva de Simón y ampliaba el embargo sobre sus bienes, por crímenes contra la humanidad consistentes en privación ilegal de la libertad, doblemente agravada por mediar violencia y amenazas y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, las que, a su vez, concurrían materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí. La denegación el recurso extraordinario, dio origen a la queja ante la Corte. Julio H. Simón, fue imputado por Horacio Verbitsky -Presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales- como querellante, *i.a.* de haber secuestrado en la tarde del 27/11/1978 a José L. Poblete Rosa, a la esposa de éste, Gertrudis M. Hlaczik (adherentes al grupo político ‘Cristianos para la Liberación’) y a la hija de ambos, Claudia V. Poblete, en calidad de suboficial de la Policía Federal Argentina. Asimismo, fue imputado por torturas al matrimonio en el centro clandestino “El Olimpo”, donde permanecieron dos meses y luego fueron dadas por desaparecidas. La hija nunca fue entregada a sus abuelos, habiendo sido

con ello me refiero no sólo a los tratados, sino también a las normas consuetudinarias y a los principios generales de derecho- revisten el doble carácter de normas internacionales y normas del ordenamiento jurídico interno y, en este último carácter, integran el orden jurídico nacional junto a las leyes y la Constitución (conf. art. 31, Fallos 257:99 y demás citados). Esta posición fue asumida por la Corte.

La CSJN, a partir de la Reforma constitucional, en numerosos fallos, ha invocado normas y reglas internacionales como fuente privilegiada de sus fallos. Incluso, ha llegado a sostener la **supremacía de la norma internacional sobre la Constitución Nacional** a pesar de haber establecido el Art. 75.22 que, ni siquiera los tratados con jerarquía constitucional “derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”.

Los argumentos de la Corte y sus Magistrados han sido variados. Uno de ellos ha sido el usado en 1932 por la Corte Permanente de Justicia Internacional en la Opinión Consultiva relativa a los Nacionales Polacos en Danzig: “Un Estado no puede aducir contra otro Estado su propia Constitución con el propósito de evadir las obligaciones que le incumben bajo el derecho internacional”¹⁶, posición idéntica a la del enunciado del Art. 27 de la CVT, ya referida.

Otro fundamento ha sido el de la buena fe que debe regir las relaciones entre los Estados.

Así, el Caso Di Pietro¹⁷, el fallo de la Corte, adoptado por unanimidad recuerda la obligación de obrar de buena fe de los Estados en el plano internacional: “6º) **Que, por lo demás, el Tribunal se apartaría del principio de buena fe que debe regir la actuación del Estado Nacional en orden al fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y demás fuentes del derecho internacional, si supeditase el examen de la cuestión a (...)**”.

En el Caso Videla¹⁸ (2003), el Juez Maqueda, en voto separado, ha expresado: “8. Que, de este modo, siendo los delitos investigados en el ‘sub lite’ una consecuencia

inscripta como Mercedes B. Landa (hija de militar retirado). La Corte hizo lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario; declaró la inconstitucionalidad de las leyes 23492 y 23521 y confirmó las resoluciones apeladas.

¹⁶ V. Nota 11.

¹⁷ V. Nota 11.

¹⁸ CSJN, 21/08/2003 - Videla, Jorge R. - Fallos 326:2805. La sala 1ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó la decisión del juez de primera instancia en cuanto rechazó las excepciones de falta de jurisdicción y cosa juzgada articuladas por la defensa de Jorge R. Videla. La Cámara sostuvo que la cuestión debe resolverse a tenor de la nueva situación jurídica imperante a raíz de la reforma constitucional de 1994 y la entrada en vigor y posterior atribución de jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (ley 24556- B.O. del 18/10/1995). Esa convención internacional en su art. 9 establece que “los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar”. Asimismo, “los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares”. Contra dicho pronunciamiento la defensa dedujo recurso extraordinario federal, el que fue concedido. La Corte confirmó la sentencia apelada.

*directa de la desaparición forzada de personas, deben ser exceptuados de ser juzgados bajo cualquier jurisdicción especial. En efecto, los pactos internacionales deben interpretarse conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos, teniendo en cuenta su objeto y fin, por cuanto **la buena fe debe regir la actuación del Estado Nacional en el orden internacional para que el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y otras fuentes de derecho internacional no se vean afectadas a causa de actos u omisiones de sus órganos internos** (doct. de Fallos 319:1464) (...)”.*

En el Caso Blasson ¹⁹, el fallo de la CSJN da como fundamento del monismo jurídico al interés nacional: “2.(...) *(E)l caso deberá ser resuelto según las normas y principios del derecho internacional que resulta incorporado ipso iure al derecho argentino federal, pues el **desconocimiento de las normas que rigen las relaciones diplomáticas internacionales no tendría otro desenlace que conducir al aislamiento de nuestro país en el concierto de las naciones** (...)”.*

¹⁹ CSJN, 06/10/1999 - Blasson, Beatriz Lucrecia Graciela v. Embajada de la República Eslovaca - Fallos 322:2399. La actora alegó ante el tribunal de primera instancia haberse desempeñado como personal de maestranza y servicios para la Embajada de la República Eslovaca (CCT 160/75) y reclamó diversos rubros laborales emergentes, en su mayor parte, del despido incausado. Declarada la rebeldía de la accionada y comunicada más tarde su negativa a someterse a la jurisdicción de los tribunales argentinos, la actora gestionó el dictado de diversas medidas precautorias, las que condujeron, finalmente, a la traba de un embargo preventivo sobre una cuenta bancaria de la embajada. La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, denegó el recurso extraordinario de la demandada (Embajada de la República Eslovaca) contra el fallo que confirmó la decisión de grado que desestimó el pedido de levantamiento de embargo preventivo sobre la cuenta corriente bancaria de la Embajada. Contra dicha decisión se alzó en queja la accionada. La accionada sostuvo que la decisión en crisis, vulneró el principio de seguridad jurídica y la inviolabilidad de las inmunidades de que gozan los Estados extranjeros, como también los compromisos de reciprocidad entre los Estados contratantes (arts. 75, inc., 22, de la Constitución Nacional; 22, inc. 3, 24/5, 30 y 32, inc. 4, Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas; y 6 de la ley 24488). Puso énfasis en que su parte nunca renunció -ni expresa ni tácitamente- a las inmunidades reconocidas por el derecho internacional. La Corte declaró admisible el recurso extraordinario, revocó la sentencia apelada y ordenó el levantamiento del embargo preventivo.

En el Caso Verbitsky²⁰, el Dr. Boggiano, en su voto disidente, consideró que la supremacía del Derecho internacional es un principio de derecho público interno: “(8) (...) **Por lo demás, con la reforma constitucional de 1994, la supremacía del derecho internacional respecto del derecho interno ha pasado a integrar los principios de derecho público de la Constitución** (arts. 27 y 75, incs. 22 y 24 CN.; Fallos 324:3143, voto del juez Boggiano)”.

También la Corte ha fundado la supremacía al derecho internacional en la necesidad de no incurrir en responsabilidad internacional.

Así, en el Caso Méndez Valles²¹ -entre numerosos otros- la Corte, en su fallo, ha señalado: “6. Que el abandono de las distinciones aludidas radica en que, cuando el país ratifica un tratado internacional, se obliga internacionalmente a que sus órganos

²⁰ CSJN, 03/05/2005 - Verbitsky, Horacio -LNBA 2005-2-227 El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) interpuso acción de habeas corpus, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional, en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, detenidas en establecimientos policiales superpoblados, y de todas aquellas detenidas en tales lugares, pese a que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados. Argumentó la superpoblación y el consecuente hacinamiento que deben padecer las personas privadas de su libertad. La Sala III del Tribunal de Casación decidió rechazar el habeas corpus interpuesto con fundamento en que no era competente para entender originariamente en la acción instaurada. Sostuvo que su competencia estaba limitada en la materia al conocimiento del recurso en los términos y con los alcances establecidos en los artículos 406 y 417 del Código Procesal Penal local. Agregó, *i.a.*, que el habeas corpus no autorizaba, en principio, a sustituir a los jueces propios de la causa en decisiones que les incumben, de modo tal que la reparación de las agravaciones en las condiciones de detención denunciadas en la presentación de origen debían encontrar remedio en los respectivos órganos jurisdiccionales, a cuya disposición se hallan los beneficiarios del habeas corpus. El Centro de Estudios Legales y Sociales impugnó la sentencia del Tribunal de Casación a través de los recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad de ley previstos en los acápites "a" y "b" del artículo 161, inciso 3, de la Constitución de la provincia de Buenos Aires y en los artículos 491 y 494 del Código Procesal Penal local. Llegadas las actuaciones a conocimiento del la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, el a quo, por el voto de la mayoría de sus miembros, declaró inadmisibles los recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley interpuestos. Contra este pronunciamiento la actora interpuso el recurso extraordinario federal, cuya denegatoria dio lugar a la presentación ante la CSJN.

²¹ CSJN, 26/12/1995 - Méndez Valles, Fernando v. A. M. Pescio S.C.A. - JA 1998 - I- 548. Fallos 318:2639. Fernando Mendez Valles promovió, a través de apoderado, demanda ejecutiva por cobro de alquileres, contra la firma "A. M. Pescio S.C.A.", en el invocado carácter de cesionario de los derechos y acciones que tenía Mario Juan Copello contra la demandada. Señaló, a ese efecto, que en un juicio que la locataria ("A. M. Pescio S.C.A.") había entablado anteriormente contra el Sr. Copello y que tramitó ante la justicia del fuero civil de la Capital Federal, se había fijado el valor locativo por cuatro años de arrendamiento de una cantera de yeso ubicada en las proximidades de Malargüe, Prov. de Mendoza, que la inquilina adeudaba a aquél (conf. sentencia del 27/12/89). El actor adjuntó, para acreditar la cesión, un instrumento privado que aparece suscripto por él y por Copello, fechado el 7/1/86, en Montevideo, República Oriental del Uruguay. Dicho documento fue protocolizado ante escribano público, en la citada ciudad, el 22/10/87. También se agregó una carta documento enviada a "A. M. Pescio S.C.A." el 16/10/90, en la que se le notificaba la cesión de derechos. La ejecutada opuso, entre otras defensas, la excepción de inhabilidad de título ya que la cesión de derechos litigiosos debía hacerse de conformidad con lo prescripto en el art. 1455 CC (escritura pública o acta judicial hecha en el respectivo expediente), lo que no se había cumplimentado en el caso. La sala M de la C. Nac. Civ., al confirmar la decisión de 1ª instancia, hizo lugar a la excepción planteada, por entender que en el sub examine eran requeribles las exigencias formales del art. 1455 CC. argentino, de acuerdo - entre otras razones- a la exégesis que hizo del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo (1940). Contra ese pronunciamiento, el actor interpuso recurso extraordinario, que fue concedido por el a quo, con fundamento en que se estaría poniendo en debate la inteligencia e interpretación del art. 36 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (art. 14 inc. 3 ley 48), como así también en juego la garantía constitucional prevista por el art. 17 CN.

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 responsabilidad internacional del Estado argentino (...)”.

En el Caso Duhalde,²² el fallo de la Corte señala que “(d)e otro modo, por vía analógica, se modificaría unilateralmente la inmunidad que tienen las organizaciones internacionales en virtud de los tratados que obligan a la República Argentina, con las posibles **consecuencias sancionatorias de la comunidad internacional**” (Cons. 15).

Con relación a la supremacía del derecho internacional, destacamos lo señalado por el Miembro Titular de la AADI José Dobovšek en sus comentarios al Primer informe y Cuestionario de elaboración de este relato: que “(e)s una realidad alentadora la posición asumida por la CSJN de adoptar un monismo jurídico con primacía del derecho internacional”, perspectiva propia de los ius-internacionalistas.

El “monismo jurídico” implica la aplicación del derecho internacional en el sistema interno de acuerdo con su *status* y configuración en el plano internacional, aspecto que nos ocupa en la presente oportunidad.

LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LAS SENTENCIAS DE LA CSJN

Introducción

Desde el tiempo de nuestros primeros estudios de Derecho internacional se nos ha señalado que las fuentes formales son los ámbitos (instrumentos escritos o manifestaciones no escritas) de los que surge, mana, el derecho. Esta concepción o la que incumbe al estudio de los modos o procedimientos de creación del derecho, responde a lo que, tradicionalmente, se ha designado como “fuentes formales”, a diferencia de las “fuentes materiales”, entendidas éstas como causas, razones por las que las fuentes formales surgen (históricas, económicas, sociales, religiosas, culturales, etc.), siendo estas últimas el fundamento del contenido sustantivo de las fuentes formales.

²² CSJN, 31/08/1999 - Duhalde, Mario Alfredo v. Organización Panamericana de la Salud /Oficina Sanitaria Panamericana s/accidente - ley 9688 - Fallos 322:1905. La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Sala VIII) -por remisión al dictamen del Ministerio Fiscal- confirmó la resolución de grado por la que se desestimó la alegación de la accionada dirigida a cuestionar la aptitud de la Justicia de la Nación para entender en estas actuaciones. Adujo que el moderno concepto de inmunidad de jurisdicción -en el estado actual de las relaciones exteriores- excluye lo concerniente al cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, limitándose a los actos de gobierno. Hizo mérito, además, de la índole irrenunciable de la jurisdicción natural, la que, precisó, el Alto Cuerpo pretendió particularmente resguardar en la hipótesis de créditos de índole alimentaria. Contra dicha decisión, dedujo recurso federal la demandada, el que fue concedido. El actor, funcionario de la Organización Panamericana de la Salud -Organización Mundial de la Salud- Oficina Sanitaria Panamericana, demandó a su ex empleadora con amparo en las previsiones de la ley 24028; y del reglamento para el personal de dicha organización. Notificada la accionada, se presentó invocando el privilegio de inmunidad jurisdiccional, el que fue desestimado con amparo, centralmente, en la doctrina del precedente "Manauta...". La Corte revoca la sentencia apelada y admite el privilegio de inmunidad de jurisdicción.

Las fuentes formales tienen un proceso creativo, formativo. Frecuentemente, en la doctrina se ha confundido el proceso/procedimiento de formación de la norma con el resultado del proceso: la norma en sí (como tal). Por nuestra parte entendemos que el Art. 38 del Estatuto de la CIJ (ECIJ)²³, al que suele tomarse como base para el estudio de las fuentes del Derecho internacional, hace referencia a las fuentes del Derecho internacional en estado de aplicabilidad y no al procedimiento de formación de las mismas, tal como más adelante explicitaremos.

No debe llamar la atención que se tome al Art. 38 del ECIJ para el estudio de las fuentes normativas internacionales ya que la CIJ es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, organización que posee 192 Estados Miembros. Además, la CIJ tiene vocación de órgano universal ya que a ella pueden acceder todos los Estados aun cuando no sean miembros de NU²⁴.

Del citado artículo surge que las fuentes principales del DI son: convenciones (tratados, acuerdos, pactos, etc.), costumbre y principios generales del derecho y, que las fuentes auxiliares son: jurisprudencia y doctrina. Al decir que son principales, se quiere señalar que un tribunal puede fallar con base en una cualquiera de ellas. En cambio, las auxiliares o secundarias sólo son útiles para precisar o determinar el alcance o significado de las principales.

Tratados internacionales

Bien ha señalado el Dr. Boggiano, en voto separado, en el Caso Arancibia Clavel²⁵, “(q)ue los “referidos **tratados**”²⁶ no se han “incorporado” a la Constitución argentina convirtiéndose en Derecho interno, sino que por voluntad del constituyente tal remisión lo fue “en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22). **Mantienen toda la vigencia y vigor que internacionalmente tienen**, y éstas le provienen del ordenamiento internacional en modo tal que ‘la referencia’ que hace la Constitución es a tales tratados tal como rigen en el Derecho Internacional y, por consiguiente, tal como son efectivamente interpretados y aplicados en aquel ordenamiento (causa “Girolodi”, de Fallos 318:514 (...)). Ello implica también, por conexidad lógica razonable, que **deben ser aplicados en la Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional** (...)” (Consid. 11).

²³ V. Nota 13.

²⁴ Arts. 92 y 93 de la CNU.

²⁵ CSJN, 24/08/2004 - Arancibia Clavel, Enrique L. - JA 2004-IV-426. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 6 condenó a Enrique L. Arancibia Clavel a la pena de reclusión perpetua, como autor del delito de asociación ilícita (Dirección de Inteligencia Nacional -DINA. Exterior-, dependiente del gobierno de facto de Chile) agravada en concurso real con el de participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos de Carlos J. S. Prats y Sofía E. Cuthbert Chiarleoni. La sala 1ª de la Cámara Nacional de Casación Penal casó parcialmente el fallo mencionado, en cuanto había condenado por asociación ilícita agravada y declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de asociación ilícita simple, sobreseyendo a Arancibia Clavel por este hecho. La querellante -en representación del gobierno de Chile- interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación originó la queja ante la Corte.

²⁶ Tratados con jerarquía constitucional enunciados en el Art. 75.22 de la CN.

Es por ello que debe tenerse en cuenta los requisitos establecidos por el Derecho internacional para la vigencia y aplicación de los tratados internacionales como fuente formal del derecho internacional.

Los tratados están regidos por el Derecho internacional. En tal sentido, el Art. 2.1.a) de la CVT define al tratado como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y *regido por el derecho internacional*, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (el resaltado nos pertenece).

La CSJN en diversas oportunidades se ha referido a los tratados internacionales como fuente de sus fallos.

La CVT, en su Art. 24 establece que un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores, no siendo suficiente para su exigibilidad que un Estado haya manifestado su consentimiento en obligarse.

En el Art. 28 establece la irretroactividad de los tratados, disponiendo que los tratados no obligan por actos o hechos que hayan tenido lugar con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

Un tratado internacional puede interactuar con la costumbre internacional, así:

*-puede receptor una norma consuetudinaria, lo que no quita vida autónoma a la costumbre (declaración de derecho preexistente)²⁷;

*-puede cristalizar aspectos de una costumbre en formación, contribuyendo a perfilarla (factor de creación de norma consuetudinaria);

*-puede ser el generador de una norma consuetudinaria (costumización del tratado).

²⁷ En el Caso Suarez Mason, el Juez Boggiano, en voto disidente, ha expresado equivocadamente: “Que es misión de esta Corte, velar por el cumplimiento del derecho internacional con la contribución que ello importa a la realización del interés superior de la comunidad internacional con la cual nuestro país, en virtud de formar parte de ella, se encuentra **obligado por los tratados celebrados**. Y, **además, por el ius cogens**, esto es, el **derecho inderogable que consagra la Convención sobre Desaparición Forzada**” (Consid. 18). Sin duda alguna se refería a la costumbre receptada en una norma convencional. V. CSJN, 13/08/1998-Suárez Mason, Carlos Guillermo s/ homicidio, privación ilegal de la libertad, etc. (Fallos 321:2031). Contra la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que decidió -por mayoría- tener presente la respuesta del Estado Mayor del Ejército en lo referente al destino de las personas desaparecidas en jurisdicción dependiente del Primer Cuerpo del Ejército entre los años 1976 y 1983 y resolvió, asimismo, que los autos sigan según su estado (lo que implicó la denegación de diversas medidas de prueba solicitadas por la Sra. Carmen Aguiar de Lapacó -madre de una de las desaparecidas-. Aguiar de Lapacó dedujo recurso extraordinario, el que fue concedido. La Corte declaró improcedente el recurso extraordinario dado que la realización de las medidas requeridas implicaría la reapertura del proceso y el consecuente ejercicio de actividad jurisdiccional contra quienes han sido sobreseídos definitivamente por las conductas que dieron lugar a la formación de la causa.

El derecho positivo, al igual que la doctrina y la jurisprudencia han señalado ciertos requisitos del Derecho internacional para la costumización de un tratado internacional²⁸.

Cuando se invoca a un tratado como fuente del derecho debe mostrarse que se halla en vigor y que es exigible y aplicable a la parte frente a la que se pretende hacer valer. Sin embargo, si se quiere invocar como fuente del derecho al valor consuetudinario del texto de un tratado en cualquiera de las modalidades señaladas debe probarse la existencia de la costumbre, es decir la existencia de la *opinio iuris sive necessitatis* en la práctica sucesiva o instantánea, según el caso²⁹, separadamente del texto de la convención en su condición de tal.

Sin embargo, haciendo caso omiso del requerimiento internacional, en el Caso Massera³⁰, el dictamen del Procurador ha señalado: " *Por desaparición forzada de personas -se dijo en aquella oportunidad- se entiende en el derecho penal internacional la privación de la libertad de una o más personas, cualquiera que fuera su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona*". **Tal es la formulación adoptada por el art. 2 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas -incorporada a la Constitución por ley 24556-, que no hizo más que receptor en esa medida la noción que era ya de comprensión general en el derecho internacional de los derechos humanos**". Agregó más adelante: "*En el marco de esta evolución*³¹, una vez más la incorporación a nuestro ordenamiento de la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad³² y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas -que en su art. 7 declara imprescriptible ese crimen de lesa humanidad³³⁻³⁴, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado nacional". Debemos tener presente lo

²⁸ El Art. 38 de la CVT establece que nada impide que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional general **reconocida como tal**. La CIJ en el *Asunto relativo a la Plataforma Continental (Jamahiriya Árabe Libia /Malta)* ha señalado: "Es axiomático, por supuesto, que el contenido material del derecho internacional consuetudinario debe ser visto primariamente a la luz de la práctica real y de la *opinio juris* de los Estados, incluso las convenciones multilaterales pueden tener un importante rol para grabar y definir reglas derivadas de la costumbre, o en su desarrollo". (CIJ *Recueil*, 1985, pp. 29-30, para. 27).

²⁹ Se ha señalado en la doctrina que, para que una norma convencional multilateral pueda alcanzar valor de costumbre internacional general, necesita que, al menos un tercio de la comunidad internacional de Estados sea parte en el convenio y que en ese conjunto estén representadas todas las regiones geográficas, todas las ideologías, religiones, tendencias económicas, sistemas políticos. (V. SUR. S. "Sources du droit international", *Juris Classeur de Droit International*, Sources de Droit, T.1, Fasc. 13 (1^o cahier) 3, 1988, pp. 6 y ss.).

³⁰ CSJN, 15/04/2004 – Massera, Emilio E – Fallos 327:924. La C. Nac. Crim. y Corr. Fed., sala 1^a de Bs. As. confirmó la decisión del juez de 1^a instancia que no hizo lugar a la excarcelación de Emilio E. Massera bajo ninguna forma de caución. Contra dicho pronunciamiento el defensor oficial del nombrado interpuso el recurso extraordinario

³¹

Es de observar que la sola referencia a la idea de "evolución", *per se*, lleva a pensar que antes de ella la situación jurídica era diferente, lo que lleva a contradicción al dictamen del Procurador..

³²

La Convención cuenta con 51 EP (<http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=435&ps=P>). Consulta realizada el 31 de agosto de 2007 (pág. actualizada a enero de 2006).

señalado precedentemente con relación a la aplicabilidad de las referidas convenciones y los requisitos del Derecho internacional para su costumización.

El procurador no funda conforme al Derecho internacional el valor de norma consuetudinaria (regional, menos general) del Art. 2 de la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*. Es de observar que atenta con el posible valor consuetudinario de la Convención su propio Art. 21, ya que prevé la posibilidad de denuncia y de desobligación de sus cláusulas.

En el Caso Simón³⁵, el Dr. Boggiano en voto separado ha expresado “*que los tratados internacionales sobre derechos humanos deben ser interpretados conforme al Derecho Internacional, pues es éste su ordenamiento jurídico propio*” (Cons. 14) y “*que la jerarquía constitucional de tales tratados ha sido establecida por voluntad del constituyente ‘en las condiciones de su vigencia’, esto es, tal como rigen en el ámbito internacional y considerando su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación*” (Cons. 15)³⁶. Sin embargo la CVT no considera que la jurisprudencia pueda ser una fuente general de interpretación de los tratados. La CVT establece con relación a la interpretación de los tratados:

Interpretación de los tratados.

31. Regla general de interpretación.

1. *Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*

2. *Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:*

a) *todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;*

b) *todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;*

3. *Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:*

a) *todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;*

b) *toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;*

c) *toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.*

4. *Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.*

32. Medios de interpretación complementarios. *Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:*

³³ El Art. 7 establece: “La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción. Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte”. Es decir, que la propia norma contempla no aplicación de la imprescriptibilidad.

³⁴La Convención cuenta con 13 EP (<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-60.html>). Consulta realizada el 31 de agosto de 2007.

³⁵ V. Nota 14.

³⁶ Esta afirmación, es reiterada por la Corte y sus magistrados en numerosos fallos. Más aún, relacionada equivocadamente al significado de las “condiciones de su vigencia” que expresa el Art. 75.22.

- a) *deje ambiguo u oscuro el sentido; o*
b) *conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.*

Cuando el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia enuncia a “*las decisiones judiciales (...) como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho*”³⁷, hace referencia a las situaciones en las que el Tribunal debe discernir significados en un texto normativo a los fines de su aplicabilidad. Por otra parte, tal como lo veremos más adelante, la jurisprudencia internacional (ya que la nacional es un mero hecho para el Derecho internacional) puede tener valor como fuente autoritativa en la aplicación del derecho en un caso determinado y como medio para determinar la existencia de normas consuetudinarias o la aplicabilidad de ciertos principios generales del derecho en caso concreto. Debe tenerse en cuenta que toda la referencia del Art. 38 está dirigida a la indicación de las fuentes a los fines de la solución de un conflicto en particular, no a la determinación de las fuentes del derecho internacional en general. En consecuencia, si pretende sacarse del enunciado formulaciones generales en materia de fuentes del derecho internacional, deben efectuarse las adecuaciones necesarias, sacando la redacción del contexto de litigio entre partes.

Costumbre internacional

La costumbre, fuente incontestable de derecho internacional, tiene un rol de esencial importancia para el funcionamiento general del Derecho internacional dadas las imperfecciones que presenta de sistema. Constituye el único medio de formación de las normas (reglas) generales, aplicables al conjunto de los sujetos de derecho internacional. Ello no impide que puedan formarse costumbres regionales, locales o institucionales³⁸. La vocación generalizante de la costumbre permite concebir al Derecho internacional como un conjunto normativo común a todos los sujetos de DI. Se ha solido afirmar que el rol que tiene la costumbre en el Derecho internacional no hace más que confirmar el carácter incompleto, primitivo de tal derecho y que construcciones jurídicas más perfectas, como el derecho comunitario europeo dejan poco espacio a la costumbre, al estar en condiciones de construir un derecho escrito de tipo codificador.

La costumbre, no formulada en ningún instrumento escrito, se caracteriza por el hecho de que su nacimiento se da espontáneamente (a diferencia del derecho escrito, predominantemente formalista) como parte de los requerimientos de la vida internacional, sin un acto determinado de surgimiento.

Su formación, en la *percepción tradicional* se apoya en la práctica reiterada sin interrupciones en el tiempo, la que lleva a dar a ese comportamiento visos de obligatoriedad³⁹. El *elemento objetivo* de la repetición formativa de la costumbre

³⁷ V. Nota 13.

³⁸ Como las reconocidas en por la CIJ en sentencia de 18 de noviembre de 1951 en el *Asunto relativo a las Pesquerías Anglo-Noruegas* (Rec. 1951, p.116); en sentencia de 12 de abril de 1960 en el *Asunto relativo al Derecho de Paso por Territorio Indio* (Rec. 1960, p. 39); en opinión consultiva de 21 de junio de 1971 en el *Asunto relativo a Namibia* (Rec. p.22). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la diferencia entre costumbre general y costumbre regional, local o institucional (de las OI) no hace a la naturaleza de la costumbre ya que la *opinio juris* es, por su propia condición, generalizante.

³⁹ La teoría voluntarista hace surgir a la costumbre de la voluntad del Estado al que obliga (*i.a.* D. Anzilotti, A. Cavaglieri, Ch. Chaumont, K. Strupp, G. Tunkin, E. de Vattel). Las teorías no voluntaristas

requiere que ésta sea uniforme, continua, no interrumpida, emanada de actos de autoridad representativa del sujeto que la construye⁴⁰. Para la formación de la costumbre no se exige que la reiteración de la práctica sea puntualmente idéntica, ya que no resulta pensable la repetición de una situación fáctica exactamente igual a la anterior, basta que en situaciones similares se adopten posiciones coherentes. Los actos unilaterales, al igual que los acuerdos internacionales, frecuentemente, poseen un rol destacado en la formación de la costumbre, si bien, ésta los excede. Largamente se ha cuestionado en qué momento y cómo una práctica (elemento objetivo) resulta manifestativa de la convicción de obligatoriedad o *elemento subjetivo (opinio iuris sive necessitatis)*, conformando una costumbre⁴¹⁻⁴². El obrar necesario conforme a derecho se distingue de los comportamientos por oportunidad política, conveniencia o cortesía, los que, aun cuando se den a modo de práctica ininterrumpida, no han de constituir costumbre por

hacen devenir la fuerza obligatoria de la costumbre de hechos exteriores y superiores a la voluntad de los sujetos comprometidos (*i.a.* R. Ago, J. Basdevant, L. Condorelli, H. Kelsen, N. Quoc Dinh, G. Scelle) Cf. SUR, S. *Op. Cit* “Sources (...)”, p. 6. Algunos autores, para desechar la teoría voluntarista, han puesto el acento en la propia formulación del Art. 38 (mientras exige que los convenios sean expresamente reconocidos por el Estado involucrado, para la costumbre requiere la prueba de una práctica general. Además, recuerdan que en el caso de los nuevos Estados, los que están vinculados a la costumbre anterior sin posibilidades de pronunciamiento de su consenso o no. (Cf. ANDRASSY, J., BAKOTIĆ, B., VUKAS, B. *Međunarodno Pravo*, I, Skolska Knjiga, Zagreb, 1999, p. 15) Es de observar que con anterioridad al siglo XIX, la doctrina ha hecho referencia a la costumbre como “consentimiento” (consentimiento de todos y conformidad con la razón divina en Suárez; consentimiento y conformidad a la naturaleza en Bynkershoek; consentimiento de la mayoría y conformidad con la razón en Zouche; consentimiento de la mayoría en Grocio; consentimiento de todos en Martens). Desde el XIX a la fecha, no se hace más referencia al consentimiento, sino a la *opinio iuris*, si bien en diferentes vertientes. (Cf. STERN, B. “Custom at the Heart of International Law, *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Pedone, Paris, 1981, p 485).

⁴⁰ Conforman pruebas subsidiarias o elementos confirmativos de la existencia de los actos y la convicción de obligatoriedad con que los mismos fueron realizados, las obras doctrinarias, los documentos de organismos u órganos internacionales, particularmente, la Comisión de Derecho Internacional. Se ha discutido el valor de las resoluciones de Organizaciones internacionales. Por nuestra parte, entendemos que debe distinguirse la resolución del órgano (acto unilateral del sujeto internacional colectivo) del comportamiento del Estado al votar o prestar su consentimiento al texto de la resolución, constituyendo este último, acto concluyente del sujeto internacional, conformativo de la práctica del mismo en determinada materia.

⁴¹ Quien invoca la existencia de una costumbre, no necesita probar el derecho sino únicamente los hechos. Es el tribunal quien pondera la existencia de la *opinio iuris* conformativa de la costumbre. La práctica continua actúa de presunción de la *opinio iuris*, lo que ha llevado a algunos autores a considerar que la *opinio iuris* es un pseudo elemento y que lo objetivo y lo subjetivo de los actos se hallan inextricablemente unidos (Cf. HAGGENMACHER, P. “La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale”, *RGDIP*, 1986, p.5-125). La CIJ en el *Asunto del Golfo del Maine*, Rec. p.299) ha señalado que la *opinio iuris* “se prueba por la vía de la inducción, partiendo del análisis de una práctica suficientemente detallada (étouffée) y convincente, y no por vía de la deducción, partiendo de ideas preconstituidas *a priori*”. La motivación de la práctica, de la actitud de los sujetos al realizar los actos se deriva la *opinio iuris*. La *opinio iuris* es la *ratio legis* de la práctica” (Cf. SUR, S. *Op. Cit.* “Sources de droit (...)”, Fasc. 13, 2^o cahier, p. 2).

⁴² Los sujetos internacionales pueden impedir bajo ciertas condiciones la formación de una norma consuetudinaria general a través de la manifestación persistente de su oposición a la misma (*regla del objetor persistente*). No obstante no resulta admisible la sustracción unilateral a una norma consuetudinaria general establecida. La CIJ en sentencia de 20 de febrero de 1969 en el *Asunto relativo a la Plataforma Continental del Mar del Norte* ha señalado que “las obligaciones de derecho internacional o consuetudinario [...] no pueden [...] estar subordinadas a un derecho de exclusión ejercido unilateralmente y a voluntad por uno cualquiera de los miembros de la comunidad para su propio beneficio [...]” (CIJ, Recueil, 1969, pp. 39-40).

faltarles el elemento subjetivo (obrar con el sentimiento de obligación jurídica (comportamiento necesario conforme a derecho)⁴³.

No siempre la CSJN ha interpretado correctamente el origen, la naturaleza y rol de la costumbre internacional.

En el caso Arancibia⁴⁴ el Juez Boggiano, en voto separado ha expresado que, “(...) *en rigor, el Derecho Internacional consuetudinario ha sido juzgado por esta Corte como integrante del Derecho interno argentino*” (Consid. 33). Esta afirmación no es concordante con la que el mismo Magistrado expresara en el Caso Verbitsky, referido *supra*, en la que consagraba “la supremacía del derecho internacional respecto del derecho interno ha pasado a integrar los principios de derecho público de la Constitución”⁴⁵.

La costumbre puede consistir en un acto o en una omisión. Puede tener rol normativo positivo o negativo.

Una costumbre puede ser derogatoria de otra costumbre o de normas convencionales. Tal el caso, por ejemplo, de la *desuetudo* o del surgimiento sobreviniente de una norma de *ius cogens*.

Los “principios generales *del* derecho internacional” son normas consuetudinarias del derecho internacional, que pueden estar receptadas o enunciadas en normas convencionales (vg.: proscripción de la agresión, igualdad soberana de los Estados, deber de no injerencia en asuntos de jurisdicción interna de terceros, solución pacífica de controversias, inviolabilidad diplomática y consular, etc.), no debiendo ser confundidos con los “principios generales del derecho” (máximas abstractas, surgidas *in foro doméstico*)⁴⁶.

En lo que hace a la condición jerárquica de la costumbre en relación a otras fuentes, los doctrinarios no positivistas sostienen que la costumbre es superior a los *tratados* e independiente de ellos, ya que la propia CVT reconoce que tiene la costumbre en su base y que para las cuestiones no regladas en los convenios, ella subsiste⁴⁷. Asimismo, la CVT en el Art. 38, al referirse a los efectos de los tratados en relación a terceros Estados dispone que lo dispuesto en la sección al respecto “no

⁴³

La CIJ en la sentencia referida en nota anterior ha expresado: “Los actos [...] no sólo deben representar una práctica constante, sino que además deben poner en evidencia, por su naturaleza o por la forma en que se han realizado con la convicción de que esa práctica se ha convertido en obligatoria por la existencia de una regla de derecho. [...] Ni la frecuencia ni el carácter habitual de los actos bastan [...]” (CIJ, Recueil, 1969, p. 44). V. *infra*.

⁴⁴

V. Nota 24.

⁴⁵ V. Nota 19.

⁴⁶

V. *infra* el subtítulo “Principios generales del derecho”.

⁴⁷

Similar disposición contienen, entre otros acuerdos internacionales, en sus partes preambulares, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, la Convención de Naciones Unidas Sobre el Derecho del Mar de 1982.

impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional *reconocida como tal*” (el resaltado nos pertenece).

Particularmente, es destacable el rol asignado a la norma consuetudinaria de *ius cogens* al disponer la CVT, en sus Arts. 53 y 64, la nulidad y terminación de todos los tratados que estén en oposición a una norma imperativa de derecho internacional general. La CSJN, especialmente, se ha explayado en materia de *ius cogens*, siendo cerca de cien los fallos en los que ha tomado en consideración esta fuente normativa.

Bien señala el fallo de la CSJN en el Caso Priebke⁴⁸, que “*la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del ius cogens del Derecho internacional*” (Consid. 4).

En el Caso Cabrera⁴⁹ la CSJN, siguiendo la terminología del Art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, había definido al *ius cogens* como “*norma imperativa de Derecho Internacional General, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados*” (Consid. 9).

Sin embargo, el fallo de la CSJN en el Caso Arancibia⁵⁰ pone en duda la claridad de comprensión por parte del Tribunal del *ius cogens* como norma internacional, al expresar, en el Consid. 30 que “*(...) la modalidad de aceptación expresa mediante adhesión o ratificación convencional no es exclusiva a los efectos de determinar la existencia del ius cogens. En la mayoría de los casos, se configura a partir de la aceptación en forma tácita de una práctica determinada (Fallos 318:2148, voto del juez Bossert)*”. Tal como lo señaláramos en trabajo anterior⁵¹ la posición de la Corte se vuelve circular en tanto la Corte toma como fuente de su Fallo lo que en Caso anterior (Priebke) perteneció al voto separado de uno de sus Magistrados. Si bien, la referencia a “adhesión o ratificación” como modalidad no exclusiva para la existencia del *ius cogens* resulta errónea, esa referencia puede vincularse a la interacción entre tratados y normas consuetudinarias, es decir, a la posibilidad de que un tratado multilateral pueda adquirir valor de norma consuetudinaria de carácter general. Tal como está expresada la afirmación contradice pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) al respecto. Así, por ejemplo, con relación al surgimiento de que una norma consuetudinaria por la práctica acompañada de *opinio iuris* manifestada en acuerdos multilaterales, la CIJ retomando lo señalado en

⁴⁸ V. Nota 12.

⁴⁹ CSJN, 05/12/1983-Cabrera, Washington Julio Efraín v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande. (V. Fallos 305:2150). Fallo pronunciado en el recurso extraordinario presentado por la demandada (Comisión Técnica Mixta de Salto Grande) contra la sentencia dictada por la C. Nac. del Trabajo, sala 4ª, por la que se había declarado la inconstitucionalidad del art. 4 ley 21756, y consecuentemente, la competencia del Juzgado de Primera Instancia del Trabajo de la Capital Federal. La Corte confirmó la sentencia de la Cámara

⁵⁰ V. Nota 24.

⁵¹ “El *ius cogens* en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina”, *Cuaderno de Derecho Internacional*, Número II, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2006, pp. 20-24.

el Asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte ha expresado: "*It is of course axiomatic that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and opinio juris of States, even though multilateral conventions may have an important role to play in recording and defining rules deriving from custom, or indeed in developing them.*" (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, ICJ Reports 1985, pp. 29-30, para. 27).

Con relación a la aceptación tácita de una práctica determinada, la CIJ (al igual que la CPJI), ha planteado mayores exigencias que las que Bossert, Maqueda y la Corte han señalado: "(...) *the Court has to emphasize that, as was observed in the North Sea Continental Shelf cases, for a new customary rule to be formed, not only must the acts concerned "amount to a settled practice", but they must be accompanied by the opinio juris sive necessitatis. Either the States taking such action or other States in a position to react to it, must have behaved so that their conduct is "evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the opinio juris sive necessitatis.*" (ICJ Reports 1969, p. 44, para. 77).

El requisito de la práctica acompañada de la *opinio juris*, había sido ya resaltado en la sentencia de la CPJI de 7 de noviembre de 1927 en el *Asunto Lotus*: "*Solamente si la abstención ha sido motivada por la conciencia de un deber de abstención se podrá hablar de costumbre internacional*" (CPJI Rec., p.28).

Más allá de la posición señalada precedentemente, esta visión de la costumbre establecida en los referidos fallos ha sido considerada por las corrientes postmodernas como una visión tradicional de la costumbre, asentada en un proceso de determinación inductivo desde la práctica particular con criterio de *opinio juris*. Ello, a diferencia de la *percepción postmoderna* de la costumbre internacional, surgida de un proceso deductivo desde las formulaciones declarativas de carácter general y contenido normativo (vg. Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, textos convencionales adoptados en conferencias internacionales, etc.), las que se consideran manifestaciones multilaterales de posición jurídica internacional (más que mera manifestación de práctica de los Estados en particular), que pueden declarar normas consuetudinarias existentes, cristalizar costumbre en formación o generar una nueva costumbre, incluso de modo instantáneo⁵²⁻⁵³. Posición esta última que predomina en los pronunciamientos de la Corte argentina y sus Magistrados aun cuando han intentado en varios fallos determinar la existencia del *ius cogens* por la vía inductiva del modelo tradicional⁵⁴. Debe tenerse en cuenta que no corresponde a los jueces nacionales determinar la

⁵² Cf. Roberts, A. E. "Traditional and Modern Approach to Customary International Law: A Reconciliation", *American Journal of International Law*, Vol. 95, pp. 757 y ss.

⁵³ Esta visión postmoderna reflectivista, sin embargo, choca con la postmoderna criticista que considera ficciones al consenso y a la universalidad. En tal sentido, por ejemplo, Carter expresa: "The crucial question is simply whether a positive system of universal international law actually exists, or whether particular states and their representative legal scholars merely appeal to such positivist discourse so as to impose a particularist language upon others *as if it were a universally accepted legal discourse*. So post-modernism is concerned to unearth difference, heterogeneity and conflict *as reality* in place of *fictional* representations of universality and consensus." (el resaltado nos pertenece) (Cf. Carter, A. "Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law", *EJIL*, Vol. 2, N° 1, pp. 66).

⁵⁴ V. *infra* si corresponde a los tribunales nacionales "determinar" la existencia de una norma consuetudinaria internacional.

existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario (como es el *ius cogens*)⁵⁵.

En el Caso Simón⁵⁶, el Procurador General en el Punto IX de su dictamen expresó⁵⁷: “*la ratificación en años recientes de la **Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado, como ya lo adelantara, la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal; en otras palabras, una manifestación más del proceso de codificación del Derecho Internacional no contractual existente***”. Agregó a ello: “*En conclusión, ya en la década de los años setenta, esto es, para la época de los hechos investigados, **el orden jurídico interno contenía normas (internacionales) que reputaban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad. Estas normas, puestas de manifiesto en numerosos instrumentos internacionales regionales y universales, no sólo estaban vigentes para nuestro país, e integraban, por tanto, el derecho positivo interno, por haber participado voluntariamente la República Argentina en su proceso de creación, sino también porque, de conformidad con la opinión de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional más autorizada, dichas normas ostentaban para la época de los hechos el carácter de derecho universalmente válido (ius cogens)***”⁵⁸⁻⁵⁹.

La CSJN no ha receptado correctamente el valor jurídico de los pronunciamientos de Organizaciones u organismos internacionales a través de sus órganos no jurisdiccionales, ni ha distinguido bien a esos órganos, ni sus facultades.

Si bien, ciertas resoluciones de OI, particularmente, la Asamblea General de Naciones Unidas, pueden desempeñar un rol destacado en el proceso de creación de una norma consuetudinaria mediante pronunciamientos declarativos o programáticos, dando lugar al nacimiento de una costumbre salvaje (por oposición a la “sabia” tradicional) –como la llamara R.-J. Dupuy⁶⁰, la CSJN en varios fallos ha confundido los roles de las distintas entidades que mencionó.

⁵⁵ V. Barberis, J.A. *Formación del Derecho Internacional*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, s/f, pp.106-107.

⁵⁶ V. Nota 14.

⁵⁷

El Fallo de la Corte se declaró “concordante con lo dictaminado por el Procurador General de la Nación”.

⁵⁸

A esta afirmación le es aplicable lo señalado en el párrafo anterior con relación a los requerimientos del derecho internacional para que se forme una norma consuetudinaria internacional de carácter general como es el *ius cogens* internacional.

⁵⁹

Debe hacerse una diferencia entre el valor jurídico de los pronunciamientos voluntaristas, progresistas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y aquéllos en los que constata la existencia de una norma consuetudinaria internacional.

⁶⁰DUPUY, R.-J. “Droit déclaratoire et droit programmateur: de la coutume sauvage à la *soft law*”, *L'élaboration du Droit International Public*, Coll. S.F.D.I., Toulouse, 1974, París, 1974, pp. 132 y ss.

Así, por ejemplo, en el Caso Bramajo⁶¹, la Corte ha expresado: “8) (...) **la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el Estado argentino reconoció la competencia de aquella para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, art. 2 de la Ley 23054 (conforme doctrina de la causa G 342 XXVI “Giroidi, Horacio David y otros s/ recurso de casación, sentencia del 7 de abril de 1995)”**. Además, en el considerando 15 ha hecho referencia a la “**jurisprudencia elaborada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**”. Indudablemente, la Corte ha confundido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con la Corte Interamericana de derechos Humanos, particularmente, atento a que en el Caso Giroidi no hay referencia alguna a la Comisión.

Asimismo, en el caso Arancibia⁶², el Juez Maqueda ha señalado: “29) (...) **Estas normas del ius cogens, sin embargo, no son una gratuita creación de la Comisión de Derecho Internacional, ya que la presencia en el seno de esa institución de juristas representativos de los principales sistemas jurídicos del mundo contemporáneo que dieron su aprobación unánime⁶³ a ese texto es índice de que las normas imperativas de Derecho Internacional general son generalmente aceptadas y reconocidas como válidas (Juncal, Julio Á., “La norma imperativa de Derecho Internacional general (ius cogens): los criterios para juzgar de su existencia”, LL 132-1200, 1968), y la existencia de ese orden público internacional es, desde luego, anterior a la entrada en vigencia de ese tratado en cada uno de los países que lo han ratificado en sus respectivos órdenes nacionales, porque, por naturaleza, preexiste a su consagración normativa en el orden positivo**”.

En el Caso Simón⁶⁴, el propio fallo de la Corte expresa: “17) **Que, tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. Fallos 326:2805, voto del juez Petracchi, y sus citas)**”.

La Corte ha señalado corolarios sustantivos y procesales en los casos de violaciones de normas de *ius cogens*⁶⁵.

⁶¹ CSJN, 18/10/1996 – Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación – Causa 44.891. Contra la resolución de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, que concedió la excarcelación de Hernán Javier Bramajo en aplicación del art. 1 de la Ley 24390, al cumplir tres años de detención en prisión preventiva. El Fiscal de Cámara dedujo recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar a la queja ante la Corte.

⁶²

V. Nota 24.

⁶³

V. *infra* el comentario a este párrafo en el Título “Doctrina”.

⁶⁴

V. Nota 14.

⁶⁵

El Juez Boggiano, en voto separado en el Caso Arancibia Clavel, ha enunciado de modo genérico que “**los derechos básicos de la persona humana**” son considerados de *ius cogens*, esto es, normas imperativas e inderogables de Derecho Internacional consuetudinario” (Consid. 11). Algunos doctrinarios han llegado a afirmar que todos los derechos humanos son normas de *ius cogens*, lo que ha motivado críticas de fuerte contenido por parte de sus colegas. D’Amato critica a Karen Parker y a Lyn Beth Neylon por su trabajo “Compelling the Law of Human Rights”, publicado en 1989 en la *Hastings*

En el Caso Priebke⁶⁶, los Magistrados Nazareno y Moliné O'Connor, en voto separado, han señalado que “*el carácter de ius cogens (...) lleva implícita su inmunidad frente a la actividad individual de los Estados, lo que implica la invalidez de los tratados celebrados en su contra, y la consecuencia de que el transcurso del tiempo no purga ese tipo de ilegalidades*” (Consid. 70). Sin embargo, es de observar que no toda norma de *ius cogens*, de conformidad a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, tiene ese efecto. La Convención distingue en sus artículos 53 y 64 los efectos diferenciados que tienen las situaciones de disposiciones que contravienen una norma de *ius cogens* sobreviniente (con efecto *ex nunc*) de las que violan una norma de *ius cogens* vigente al momento de la celebración del acuerdo (con efecto *ex tunc*).

El Juez Bossert en el mismo Caso (Priebke), en voto separado, ha señalado que la *Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad*, declaró **imprescriptibles** a los crímenes de guerra y de lesa humanidad (en tiempos de paz y de guerra), a las infracciones graves del Derecho internacional humanitario y al genocidio (Consid. 80).

Asimismo, ha señalado que, “*en la medida en que la comisión de esos hechos afecta(ba) a la humanidad en su conjunto y a las normas del Derecho de Gentes, con lo cual quedaba involucrado en autos el principio de inexorabilidad de su juzgamiento, del que se deriva como corolario lógico el de su imprescriptibilidad*” (Consid.10)⁶⁷.

En su extenso voto, además, agregó: que “*(...) el requerimiento de la "doble subsunción" no requiere la valoración en concreto (basada en la denominación del delito y en la estricta interpretación de los elementos típicos), bastando aplicar el criterio in abstracto "a partir de la sustancia criminal del hecho con prescindencia del apego estricto al 'nomen iuris' del tipo legal, que evita que la eficacia del instituto de la extradición se vea frustrada u obstaculizada con motivo de las diferencias propias que reconocen las calificaciones legales de los Estados Parte*” (Consid. 20)⁶⁸.

El Juez Boggiano, en voto separado en el Caso Arancibia Clavel⁶⁹, ha destacado la “**conexidad lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad**” (Consid. 30). Agregó, además, que “*la imperatividad de tales normas las torna aplicables aun retroactivamente, en virtud del principio de actualidad del orden público internacional (Fallos 319:2779)*” (Consid. 35). Sostuvo, asimismo, que “*no es posible afirmar que el art. 18 CN., que establece el principio de legalidad y de irretroactividad,*

International Law & Comp. Law Rev. en el que consideran que todos los derechos humanos son obligaciones de *ius cogens*. Cf. D'Amato, A. “It's a Brid, it's a Plane, it's *ius cogens!*”, *Connecticut Journal of International Law*, 1990, Vol. 6 N°1, pp.1-6. V. asimismo, Schiedermaier, H. *Die Menschenrechte als ius cogens* (<http://www.kodabu.de/jur-ak-koeln/beitraege/buntenbroich02.html>).

⁶⁶

V. Nota 12.

⁶⁷ No señala el Magistrado la fuente normativa de ese pronunciamiento.

⁶⁸

Es de observar que la Corte, en otros pronunciamientos en materia de crímenes cometidos durante la última dictadura militar, ha considerado que, para entender conformada prueba suficiente de esos hechos bastaba contar con indicios, atento a las dificultades para obtener prueba fehaciente (vg.: transcurso del tiempo y el ocultamiento de lo sucedido).

⁶⁹

V. Nota 24.

consagre una solución distinta en el art. 118 respecto de la aplicación de las normas del *ius cogens* relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos preceptos no colisionan sino que se complementan, ya que el segundo incorpora al orden interno las **normas imperativas del Derecho Internacional como integrantes del principio de legalidad**. La ley de lugar del juicio supone pero obviamente no establece los principios del derecho de gentes” (Consid. 40). Por una parte, llama la atención la referencia a un “principio de actualidad del orden público internacional”. Por otra parte, si las normas imperativas son parte del principio de legalidad, debió fundar su fallo en las fuentes imperativas en vigor en el derecho internacional, conforme a ese derecho, lo que no ha realizado.

Principios generales del derecho

Los principios generales del derecho son máximas enunciativas de valores fundamentales a preservar en las relaciones humanas individuales o colectivas⁷⁰.

Con relación al origen de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional, éstos surgen a partir de una comparación y sistematización de distintos derechos internos y del transporte del espíritu común de esos derechos al DI. Ese espíritu común manifestado en preceptos, ideas jurídicas básicas o “saberes” jurídicos, no se deriva, necesariamente, del conjunto de todos los sistemas internos, sino más bien de aquellos que están en condiciones de hacer aportes pertinentes o significativos.

La sentencia arbitral de 20 de diciembre de 1896, en el *Asunto Fabiani*, al expresar que: “Consultados los principios generales del Derecho de Gentes sobre si hay denegación de justicia, es decir las reglas comunes a la mayor parte de las legislaciones o enseñadas por la doctrina (...)”⁷¹. Este pronunciamiento contiene una definición, que pone de manifiesto los procedimientos para la determinación de los principios generales del derecho.

La expresión del Art. 38 del Estatuto de la CPJI y de la CIJ, relativa a los principios reconocidos por “las naciones civilizadas” -dado el contexto histórico de colonialismo en el que fue pronunciado-, debe entenderse como los que corresponden a los sistemas jurídicos organizados o desarrollados, desechando a los sistemas salvajes, primitivos.

No se ha dudado del rol de los principios generales en la aplicación e interpretación de las normas internacionales (concepción *secundum legem* o *infra*

⁷⁰ Los grupos humanos suelen acumular *principios axiomáticos* (juicios del ser, que no cambian, propios de las ciencias exactas, físicas o naturales (por ej: “el triángulo es una figura de tres ángulos”.) o *principios tópicos* (juicios de la razón práctica, problemática deontológica o axiológica), propios de las ciencias sociales o humanas, consideradas necesariamente inexactas. Sin embargo, el enlace entre álgebra, algoritmo y lógica, permite afirmar que ciertos principios de las ciencias sociales pueden alcanzar rigor de exactitud en las conclusiones; por ej.: el principio *a fortiori* “quien puede lo más puede lo menos”, “quien no puede lo menos no puede lo más”.

⁷¹ DIEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 109.

*legem*⁷²). Sin embargo, la CIJ en distintas sentencias ha considerado a la equidad como fuente normativa directa de derechos y deberes, haciendo referencia a la “regla de equidad”⁷³. Frecuentemente se ha reconocido a la equidad el rol integrador de la jurisprudencia, no sólo interpretativo de normas, cubriendo lagunas normativas (equidad *praeter legem*⁷⁴ o *secundum ius*), evitando el *non liquet* judicial⁷⁵⁻⁷⁶. La aplicación de los principios generales *contra legem* o *contra ius* no es admitida a menos que las partes hubiesen facultado al tribunal a pronunciarse *ex aequo et bono*.

Los principios generales del derecho hasta la fecha sólo han sido utilizados *infra legem*. Es de tener presente que los estados socialistas rechazaron la inclusión de los principios generales del derecho por entender que no podía haber entre socialistas y capitalistas principios comunes. No obstante, en situaciones posteriores, explícitamente los aceptaron en formulación equivalente a la del Art. 38 del ECIJ y su precedente ECPJI, más aún propugnaron su inclusión, como es el caso de la *Declaración de Principios Reguladora de los Fondos Marinos y Oceánicos y de su Subsuelo fuera de la*

⁷² La Cámara (Sala) de la CIJ en su sentencia en el *Asunto del Diferendo Fronterizo* (Burkina Faso y Mali) ha señalado que “(...) tomará en consideración la equidad tal como ella se configura *infra legem*, es decir, la forma de equidad que constituye un método de interpretación del derecho, siendo ésa una de sus cualidades”. (CIJ, Rec. 1986, p.567-568, par. 28).

⁷³

I.a.: *Asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte* (CIJ, Rec., 1969, p. 47, par. 85 y p. 48, par. 88); *Asunto relativo a la Competencia en Materia de Pesquerías* (CIJ, Rec., 1974, p. 33, par. 78) (“no se trata sólo de arribar a una solución equitativa, sino de arribar a una situación equitativa que repose sobre el derecho aplicable”); *Asunto Túnez/Libia*, (CIJ, Rec., 1982, p. 60, par.71) (“parte integrante del derecho internacional” “la noción jurídica de equidad es un principio general del derecho directamente aplicable en tanto derecho”); *Asunto Libia /Malta* (CIJ, Rec., 1985, p. 39, par. 45) “la justicia, de la que la equidad es una emanación, no es una justicia abstracta, es la justicia de conformidad a la regla de derecho”); *Asunto Jan Mayen* (CIJ, Rec., 1993, pp. 127-128, 192-193, 226 y ss. Opiniones individuales de Schwebel, Shabuddeen, Weeramantry).

⁷⁴ La Cámara (Sala) de la CIJ en su sentencia en el *Asunto del Diferendo Fronterizo* (Burkina Faso y Mali) ha admitido la posibilidad de aplicación de la equidad *praeter legem* al expresar: “(...) [l]a sala no puede estatuir *ex aequo et bono*. No habiendo recibido de las partes la misión de proceder a un ajuste de sus intereses respectivos, debe igualmente descartar la posibilidad de aplicar en el presente caso la equidad *contra legem*. La sala tampoco aplicará la equidad *praeter legem*”. (CIJ, *Recueil*, 1986, p 567-568, par. 28). Es de observar la forma de expresarse de la Corte, la que al señalar que no aplicará la equidad *praeter legem*, sólo dice que no lo hará, pero no que está inhabilitada para hacerlo, tal como sí lo ha señalado en relación a los pronunciamientos *ex aequo et bono* y *contra legem*. Este pronunciamiento más allá de la “ley” pero dentro del derecho, es propio de la labor de integración que efectúan los órganos jurisdiccionales, si bien en el DI dada las limitaciones en función de la condición soberana de los Estados (*Lotus*) sólo puede ser aplicado con la mayor prudencia.

⁷⁵

En el caso de las sentencias o dictámenes de la CIJ no podría considerarse nunca que un pronunciamiento realizado sólo en base a principios generales del derecho es *praeter legem* ya que esa fuente normativa es de carácter principal de conformidad al Art. 38 del ECIJ.

⁷⁶

Recuerda Weil la crítica de Jennings a la percepción de la equidad como fuente normativa directa al preguntarse qué diferencia habría entre ella y la decisión *ex aequo et bono*. Por nuestra parte, entendemos que ni siquiera la equidad *contra legem* podría ser considerada como manifestación de *ex aequo et bono* (“jurisdicción de equidad”) ya que el pronunciamiento en aplicación de los principios generales del derecho no es libre ni de interpretación personal de los jueces, desligada de las normas aplicables al caso como permite el acuerdo de “jurisdicción de equidad”. Weil, además, considera que el derecho internacional se compone de normas cuya inspiración y finalidad se hallan en los valores humanos, morales o sociales y que la equidad constituye más bien una fuente material de DI. Sin embargo, tal afirmación podría ser válida para todas las otras fuentes del derecho. (WEIL. P. *Écrits de droit international*, Presses Universitaires de France, París, 2000, pp. 173-174, 170-171).

Jurisdicción Nacional, adoptada por la AG NU por 108 votos, ninguno en contra y 14 abstenciones (Res. 2749 (XXV), de 17 de diciembre de 1970)⁷⁷.

Distintos tribunales internacionales han hecho referencia a los principios generales del derecho-. El Tribunal Permanente de Arbitraje en sentencia de 11 de noviembre de 1912 en el *Asunto relativo a las Indemnizaciones de la Guerra de Turquía* ha hecho referencia a los principios de indemnización por actos ilícitos y condena del enriquecimiento ilícito (RSA, V. XI, p. 437 y ss.). La CPJI en el *Asunto relativos a la Alta Silesia Polaca* (CPJI, Serie A, N° 6, p. 19) y en el *Asunto de la Fábrica Chorzow* (CPJI, Serie A, N° 17, p. 29) ha hecho referencia a principio relativo a la obligación de reparar. La CIJ en el *Asunto del Estrecho de Corfú* (CIJ, Rec., 1949, p.22) y en el dictamen en el *Asunto relativo a las Reservas a la Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio*, ha señalado que “los principios que están en la base de la Convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como que obligan a todos los Estados, al margen de toda relación convencional” (CIJ, Rec. 1951, p 23-24). En el dictamen de 21 de junio de 1971 en el *Asunto relativo Namibia* ha hecho referencia al principio relativo a la *exceptio non adimpleti contractus*.

El hecho de que se adjudique carácter de fuente autónoma a los principios generales del derecho, para algunos doctrinarios, implica reconocer las características permanentes de la naturaleza humana y aceptar el derecho natural, el que en su esencia (despojado de las contingencias de tiempo y espacio) resulta invariable, absoluto, eterno, permanente y de aplicación universal.

En caso de contravenir la aplicación de las normas convencionales o consuetudinarias principios generales del derecho, sustantivos o procesales, tales fuentes normativas han de ceder ante los principios generales del derecho. Ello no implica en realidad un pronunciamiento *contra legem* sino un pronunciamiento conforme a derecho, ya que, habiendo varias normas de posible aplicación, habiendo pugna entre sus contenidos normativos, la aplicación de un principio general, en su calidad de fuente autónoma del Derecho internacional, no se da sólo para morigerar el rigor de un tratado o de una norma consuetudinaria, sino en su aplicación por separado e, incluso, según el caso, puede tal fuente ser aplicada de modo prevalente.

Si bien, los principios generales tienen un carácter *abstracto*, (a diferencia de las normas consuetudinarias), debiendo el juez adaptar su aplicación al caso concreto bajo decisión, a la hora de definir el derecho aplicable a un caso concreto, el juez realiza su pronunciamiento en el conjunto de todas las normas pertinentes, incluidos los principios generales del derecho.

Aun cuando, en su origen, los principios generales del derecho tienen base consuetudinaria en el derecho interno de los Estados, se diferencian de la costumbre en tanto, incluso en el derecho interno, no tienen perfil concreto como la costumbre internacional (producto directo de los actos de la práctica) sino general, abstracto. Por ello, no deben confundirse los denominados *principios generales del derecho internacional* (vg: proscripción del uso de la fuerza; solución pacífica de controversias, igualdad jurídica de los Estados, no ingerencia en asuntos de jurisdicción interna de los

77

VALENCIA RESTREPO, H. *Derecho Internacional Público*, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín-Colombia, 2003, pp. 378-379.

Estados, principio de libre determinación de los pueblos, obligación de cooperación, etc.) fruto de la práctica general (costumbre aun cuando esté inspirada en principios generales del derecho), con los principios generales del derecho.

En lo que hace al fundamento de la obligatoriedad, la forma más frecuente de positivación se halla en la costumbre, no debiendo ser confundida con ella. El que ciertas convenciones hayan receptado ciertos principios generales del derecho (por ej. Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados en sus Arts. 60, 61, 62), no les quita su carácter autónomo, al igual que una norma consuetudinaria receptada por una norma convencional, no queda subsumida en esta última.

Entre las ejemplificaciones de los principios generales del derecho, algunos tienen *contenido sustantivo*, tales como *pacta sunt servanda*, buena fe, no abuso de derecho, equidad, obligación de reparar, *rebus sic stantibus*, *exceptio non adimplendi contractus*, *estoppel*, etc. Otros principios tienen *contenido procesal*, vg.: *non bis in idem*, *cosa juzgada*, *in dubio pro reo*, *favor libertatis*, *lex previa*, etc.

En el Caso Priebke⁷⁸, el Juez Bossert hace referencia al principio de inexorabilidad de juzgamiento al expresar: “10. *Que el procurador general en su expresión de agravios insistió en la postura inicial del Ministerio Público acerca de que los homicidios por los que se había solicitado la extradición de Priebke configuraban crímenes de lesa humanidad equiparables en cuanto a sus efectos con los crímenes de guerra y que desde esta comprensión había sido efectuado el requerimiento de asistencia internacional. Sostuvo que ello era así en la medida en que la comisión de esos hechos afectaba a la humanidad en su conjunto y a las normas del Derecho de Gentes, con lo cual quedaba involucrado en autos el principio de inexorabilidad de su juzgamiento, del que se deriva como corolario lógico el de su imprescriptibilidad*”. El denominado “principio de inexorabilidad de juzgamiento” luce más bien como fuente material de una eventual norma consuetudinaria en posible formación.

El Juez Maqueda, en el Caso Arancibia⁷⁹, ha señalado *Que (el) sistema de protección de los derechos humanos de los individuos se sostiene en principios que se encuentran en los orígenes del Derecho Internacional y que -de algún modo- lo trascienden, pues no se limitan al mero ordenamiento de las relaciones entre las entidades nacionales sino que también atienden a valores esenciales que todo ordenamiento nacional debe proteger, independientemente de su tipificación positiva. El estudio del recurso extraordinario planteado por la querrela se enhebra con estos presupuestos básicos que, en el actual estado del desarrollo de la ciencia jurídica, influyen en la actuación misma de esta Corte a la hora de considerar el ámbito de su competencia para decidir respecto de un crimen de lesa humanidad*” (Consid. 16) .A continuación agregó que “*corresponde señalar que desde comienzos de la Edad Moderna se admitían una serie de deberes de los Estados en sus tratos que eran reconocidos por las Naciones civilizadas como postulados básicos sobre los cuales debían desarrollarse las relaciones internacionales, sin perjuicio de la observación del derecho de gentes que corresponde a cada una de las Naciones en su interior (iure gentium... intra se) (Suárez, Francisco, "Las leyes -de legibus-", 1967, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 190, II, c. 19, n. 8; también citado por John P. Doyle,*

⁷⁸ V. Nota 12

⁷⁹

V. Nota 24.

Suárez, Francisco, "The law of Nations", en "Religion and international law", 1999, Mark W. Janis y Carolyn Evans eds., La Haya, Martinus Nijhoff Publications, p. 110 y nota 105, y Messner, Johannes, "Ética social, política y económica a la luz del derecho natural", 1967, Ed. Rialp, Madrid, p. 442 y nota 202). Se trataba, en el léxico de aquel tiempo, de probar -mediante un método a posteriori- el derecho natural que debía regir entre las Naciones que se hallaban, con cierto grado de probabilidad, entre las más civilizadas en el orden jurídico universal (Grocio, "Le droit de la guerre et de la paix", 1867, t. I, L. I., cap. I, párr. XII, Ed. Guillaumin, París, p. 87, y Zuckert, Michael P., "Natural rights and the new republicanism", 1998, Princeton University Press, Princeton), pauta sostenida en los **principios fundamentales de justicia**, que no pueden quedar restringidos solamente a las leyes de la guerra (juicio de "Wilhelm List y otros", Tribunal Militar de los Estados Unidos en Nuremberg, United Nations War Crimes Commission, "Law Reports of Trials on War Criminals", vol. VIII, 1949, p. 49)" (Consid. 17).

Jurisprudencia

Tal como lo establece el Art. 38 del Estatuto de la CIJ⁸⁰, las sentencias y fallos jurisprudenciales son fuente auxiliar del DI. Es sabido, tal como lo dispone el Art. 59 del mismo Estatuto⁸¹, que la sentencia sólo hace derecho para las partes en litigio y con relación al asunto en cuestión. Sin embargo, los pronunciamientos de los tribunales internacionales, frecuentemente, citan y adhieren a antecedentes jurisprudenciales, dando lugar a la construcción de una doctrina del precedente. Esa doctrina jurisprudencial adquiere valor en la medida en que el tribunal no obre de modo voluntarista, con desapego del derecho aplicable. Debe tenerse en cuenta que es a través de los pronunciamientos jurisprudenciales que es posible definir el perfil de una costumbre internacional o de un principio general del derecho. A la hora de ponderar los precedentes jurisprudenciales, tanto la CPJI como la CIJ, han dado el mismo valor a las sentencias (contenciosos interestatales) que a los dictámenes (opiniones consultivas).

Entre los pronunciamientos jurisprudenciales que hacen referencia al valor del precedente se cuentan los producidos en el *Asunto del Lotus*, en el *Asunto de Alta Silesia*, en el *Asunto de Comisión del Danubio* de la CPJI; en el *Asunto del Diferendo Limitrofe en El Salvador y Honduras* de la CIJ.

Entre los principales tribunales internacionales de nuestro tiempo podemos citar a la CIJ (creada en 1946, con sede en La Haya)⁸², al Tribunal Permanente de Justicia de La Haya (creado en 1899, con sede en La Haya), al Tribunal Internacional de Derecho del Mar (creado en 1982 y constituido en 1996, con sede en Hamburgo), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (creada en 1968 y constituida en 1979, con sede en San José de Costa Rica), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (creado en 1994 y constituido en 1999, con sede en Estrasburgo), la Corte Penal Internacional (creada en 1998, constituida en 2002, con sede en Roma), etc.

⁸⁰ V. Nota 13.

⁸¹ V. Nota 13.

⁸²

También debe recordarse su antecesora la CPJI (creada en 1920, con sede en La Haya).

En el Caso Viaña⁸³, el fallo de la CSJN ha señalado que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye una pauta muy valiosa para interpretar las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el Caso Nardelli ⁸⁴ los Magistrados Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y Gustavo A. Bossert en voto separado han contemplado la cuestión relativa a la jerarquía de la jurisprudencia internacional, recordando fallo anterior: “29) *Que los órganos instituidos en el ámbito internacional con competencia para la aplicación e interpretación de los instrumentos internacionales (...) cuya jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (confr. Fallos: 318:514, cons. 11) (...)*”. Tal como lo señaláramos anteriormente, conforme al Derecho internacional la jurisprudencia no tiene rol de “guía interpretativa de los convenios”, es únicamente pronunciamiento obligatorio para las Partes en litigio y sólo respecto del caso sobre el que se pronunció el tribunal.

En el Caso Videla⁸⁵, el fallo de la CSJN (2003), ha expresado: “12. *Que a partir de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Barrios Altos"*⁸⁶, del 14/3/2001, *han quedado establecidas fuertes restricciones a las posibilidades de invocar la defensa de cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal respecto de conductas como las que se le atribuyen a Jorge R. Videla. Por lo tanto, y de acuerdo con lo resuelto por el tribunal internacional referido, corresponde rechazar en el caso toda interpretación extensiva del alcance de la cosa juzgada que impidiera la persecución penal del imputado por hechos que constituyen violaciones graves a los derechos humanos (conf. párrs. 41 a 44 fallo cit.) (...)*”. La reflexión que acompañáramos en el párrafo anterior es válida para la presente afirmación con relación al rol de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, más allá del valor que ella misma pueda pretender se asigne a sus sentencias.

⁸³

CSJN, 23/11/1995-Viaña, Roberto s/habeas corpus en favor del ciudadano Pablo Calvetti – Fallos 318:2348.

⁸⁴ CSJN, 05/11/1996 - Nardelli, Pietro Antonio s/ extradición -Fallos 319:2557. Contra la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires, que confirmó la del juez federal de primera instancia por la cual se hizo lugar al pedido de extradición formulado por el Tribunal N° 2 de Milán, República de Italia, en base a condena en ausencia del inculcado.

⁸⁵ V. Nota 17.

⁸⁶ En el Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. El Perú) Interpretación de la Sentencia de Fondo (Art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 14 de marzo de 2001, La Corte ha decidido por unanimidad: “4. Declarar que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos”. “5. Declarar que el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en esta Sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables.” En la sentencia de 3 de Septiembre de 2001, también por unanimidad ha decidido: “ 2. Que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo [de 14 de marzo de 2001] en el caso Barrios Altos tiene efectos generales”.

En el Caso Hagelin⁸⁷, el Juez Boggiano, en voto separado, ha otorgado a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el rol de fuente principal del derecho, al igual que lo ha hecho el fallo de la CSJN en el caso Videla considerado precedentemente. Así, expresa: “6) *Que, en el orden de ideas precedentemente expuesto, también ha de tomarse en consideración la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Según ésta, la misma Corte tiene jurisdicción para determinar el alcance de un acuerdo homologado ante sus estrados y dilucidar cualquier controversia o diferencia que se suscite a su respecto, tal como lo resolvió en "Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros) v. Perú", sent. del 30/11/2001, párr. 48°. Consiguientemente, el derecho aplicable resulta, en definitiva, la jurisprudencia interpretativa del ordenamiento americano de derechos humanos, esto es, la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana*”.

En el mismo Caso (Hagelin), el Juez Maqueda ha señalado que “*A partir de la reforma constitucional de 1994 el art. 75 inc. 22 de la norma fundamental ha otorgado jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), razón por la cual la jurisprudencia de la Corte Interamericana pronunciada en causas en las que son parte otros Estados miembros de la Convención constituye una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos (conf. consid. 15 del voto del Dr. Maqueda en la causa V.34 XXXVI, "Videla, Jorge R. s/incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción", del 21/8/2003)*” (Consid. 15).

En el Caso Arancibia⁸⁸, el fallo de la Corte ha establecido: “*Que este criterio ha sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al manifestar: "Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú..." (conf. CIDH., caso "Barrios Altos", sent. del 14/3/2001, serie C, n. 75)*” (Consid. 35). Más adelante agregó que “*a partir de dicho fallo quedó claramente establecido el deber del Estado de estructurar el aparato*

⁸⁷ CSJN, 08/09/2003 - Hagelin, Ragnar E. - JA 2003-IV-402.Fallos 326:3268. La sala 4ª de la C. Nac. Casación Penal declaró inadmisibile el recurso interpuesto por el apoderado de Ragnar E. Hagelin, a tenor del art. 445 del Código de Justicia Militar, y contra la resolución del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas que rechazó la reapertura de las actuaciones en donde se investigó la desaparición de su hija, "por mediar decisión judicial firme pasada en autoridad de cosa juzgada", y declaró que no es de su competencia entender en el pedido de nulidad de las leyes 23492 y 23521 y de los decretos 1022/1989 y 2341/1990. Contra dicho pronunciamiento se interpuso recurso extraordinario federal, el que fue concedido. La Corte declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada. Los autos volvieron al tribunal de origen para nuevo pronunciamiento.

⁸⁸ V. Nota 24.

gubernamental, en todas sus estructuras del ejercicio del poder público, de tal manera que sus instituciones sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención. Desde este punto de vista, la aplicación de las disposiciones de Derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar y, consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional (conf. CIDH., caso "Barrios Altos", sent. del 14/3/2001, consid. 41, serie C, n. 75; caso "Trujillo Oroza v. Bolivia", reparaciones, sent. del 27/2/2002, consid. 106, serie C, n. 92; caso "Benavides Cevallos", cumplimiento de sentencia, resolución del 9/9/2003, consid. 6 y 7)".

En el Caso Simón⁸⁹ el fallo de la Corte ha determinado: “30 *Que la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía y prescripción, así como el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que tiendan a impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos fue reiterada con posterioridad y configura un aspecto central de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuyos alcances para casos como el presente no pueden ser soslayados*”.

En el mismo Caso (Simón), el Dr. Boggiano, en voto separado ha manifestado “15) *Que la jerarquía constitucional de tales tratados ha sido establecida por voluntad del constituyente "en las condiciones de su vigencia", esto es, tal como rigen en el ámbito internacional y considerando su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación (Fallos 318:514; 321:3555; 323:4130, disidencia del juez Boggiano). De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que la República Argentina reconoció la competencia de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (art. 2 ley 23054). Sobre el particular cabe recordar que esta Corte ha establecido que, como fuente de derecho interno, los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana constituyen criterios jurídicos de ordenación valorativa para los Estados miembros que deben tomar en cuenta razonadamente para adoptar decisiones en el ámbito de su propio ordenamiento (Fallos 321:3555 y sus citas).*

89

V. Nota 14.

En el Caso Mazzeo⁹⁰, el fallo de la Corte ha expresado “(...) *que respecto a esta cuestión la Corte Interamericana ha sostenido ‘que en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar’ (caso “Palamara Iribarne” sentencia del 22 de noviembre de 2005. CIDH, Serie C N° 135, párr. 124; caso de la “Masacre de Mapiripán”, CIDH, Serie C N° 134, 15 de septiembre de 2005, párr. 202; y caso “19 Comerciantes”, Serie C N° 109, 5 de julio de 2004, párr. 165). Por tales razones corresponde desestimar los agravios del recurrente sobre este punto (...)*” (Consid. 7).

Como se puede observar son muchas y crecientes las interpretaciones erróneas, voluntaristas, sin fundamento en el Derecho internacional las que hace la Corte en torno al rol de la jurisprudencia internacional.

Doctrina

De conformidad al Art. 38 del Estatuto de la CIJ, la doctrina tiene rol de fuente auxiliar del DI.

Se trata de las obras de los principales publicistas, los que se pronuncian en forma individual o colectiva. Esto último es frecuente en el caso de instituciones científicas, tales como por ejemplo, el *Institut de Droit International* (1873) o la *International Law Association* (1873). La doctrina es frecuentemente citada por los jueces en sus pronunciamientos en apoyo de la aplicación del derecho al caso particular.

En el Caso Massera⁹¹, el Procurador ha hecho referencia a la doctrina internacional: “6.- (...) *(L)a Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus primeras decisiones sobre denuncias de desaparición forzada de personas expresó que si bien no existía al tiempo de los hechos “ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta*

⁹⁰ CSJN, 13/07/2007 - Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad'; M.2334.XLII.La causa fue iniciada por la presentación efectuada en forma conjunta por Sara de Castiñeiras, Iris Pereyra de Avellaneda, Floreal Avellaneda; Juan Manuel Castiñeiras y Ana María Astudillo, juntamente con sus representantes letrados y Alicia Palmero, en representación de la Liga Argentina por los Derechos Humanos, quienes solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del decreto 1002/89, mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional indultó, entre otros, a Santiago Omar Riveros, por los hechos a él imputados en la ex causa 85 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín. El Juzgado Federal N° 2 de San Martín hizo lugar a la presentación, declarando la inconstitucionalidad del decreto 1002/89, y dispuso privar de efectos, dentro de las actuaciones principales, la totalidad de actos y resoluciones dictadas como consecuencia del decreto mencionado. Fundó su decisión en diversas consideraciones y en los arts. 16, 18, 29, 31, 75 inc. 22, 99 inc. 5°, 109, 116 y 118 de la Constitución Nacional. El pronunciamiento fue apelado por el abogado defensor de Santiago Omar Riveros, con fundamento, entre otros, en que la excepción de cosa juzgada en relación al sobreseimiento firme. La Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, acogió el recurso de la defensa con sustento en que ese tribunal ya se había expedido en la causa acerca de la validez del indulto presidencial. El pronunciamiento fue apelado por distintos grupos de querellantes. La Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal se pronunció por la inconstitucionalidad del decreto de indulto 1002/89. Contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, la defensa técnica de Santiago Omar Riveros dedujo recurso extraordinario federal en los términos del art. 14 de la ley 48.

⁹¹ V. Nota 29.

calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad". También señaló que "la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar". (conf. caso "Velásquez Rodríguez", sent. de 29/7/1988, serie C n. 4; luego reiterado en el caso "Godínez Cruz", sent. de 20/1/1989, serie C n. 5; y recientemente en el caso "Blake", sent. de 24/1/1998, serie C n. 36, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, conf. Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas). No resulta claro en este párrafo el valor asignado a la doctrina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por otra parte la referencia a "práctica internacional" -no necesariamente equiparable a costumbre internacional- hace dudar sobre el valor de la referencia para la calificación en derecho internacional de las desapariciones como un delito contra la humanidad fuera de las obligaciones convencionales emergentes para los Estados Partes.

En el Caso Arancibia⁹², el Juez Maqueda en voto separado, citando a un autor argentino, ha asignado un rol preeminente a la doctrina, que no responde a la función que le asigna el derecho internacional. Así, ha expresado: "29) (...) *Estas normas del ius cogens, sin embargo, no son una gratuita creación de la Comisión de Derecho Internacional, ya que la presencia en el seno de esa institución de juristas representativos de los principales sistemas jurídicos del mundo contemporáneo que dieron su aprobación unánime a ese texto es índice de que las normas imperativas de Derecho Internacional general son generalmente aceptadas y reconocidas como válidas (Juncal, Julio Á., "La norma imperativa de Derecho Internacional general (ius cogens): los criterios para juzgar de su existencia", LL 132-1200, 1968), y la existencia de ese orden público internacional es, desde luego, anterior a la entrada en vigencia de ese tratado en cada uno de los países que lo han ratificado en sus respectivos órdenes nacionales, porque, por naturaleza, preexiste a su consagración normativa en el orden positivo*". Demás está decir que la labor de la Comisión de Derecho Internacional no construye orden público internacional.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LOS FALLOS DE LA CSJN

En numerosos pronunciamientos de la Corte y de sus Magistrados encontramos referencias a la evolutividad del Derecho internacional, en particular, del perfil del *ius cogens*⁹³.

Así, en el Caso Priebke⁹⁴, los Dres. Nazareno y Moliné O'Connor han puesto en evidencia que reconocen que se está produciendo un cambio jurídico en cierto miembros de la sociedad internacional al hacer presente que, a pesar de que algunos Estados ratificaron o adhirieron a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, ***"debe reconocerse que no existía en ese momento ni existe en las actuales circunstancias de derecho internacional, una***

⁹²

V. Nota 24.

⁹³ En la mayor parte de este desarrollo seguimos nuestro trabajo publicado en el Cuaderno II de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales citado precedentemente.

⁹⁴

V. Nota 12.

norma reconocida y aceptada por las naciones civilizadas como de práctica obligatoria, en favor de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra” (Consid. 69). Han recordado, en el mismo considerando, que la República Argentina se abstuvo de votar la adopción del texto de la referida Convención en el ámbito de las Naciones Unidas. A pesar de ello, estimaron que ello no acarrea limitaciones ya que se trata de *normas fundamentales, consuetudinarias que “concernen a los derechos inalienables reconocidos por la comunidad internacional”* (Consid. 70). Las afirmaciones de los Considerandos 69 y 70 referidos en este párrafo no lucen congruentes entre sí.

El Juez Maqueda en el *Caso Arancibia*⁹⁵ ha señalado que *“el ius cogens (...) se encuentra sujeto a un proceso de evolución que ha permitido incrementar el conjunto de crímenes de tal atrocidad que no pueden ser admitidos y cuya existencia y vigencia opera independientemente del asentimiento de las autoridades de estos Estados. Lo que el antiguo derecho de gentes castigaba en miras a la normal convivencia entre Estados (enfocado esencialmente hacia la protección de los embajadores o el castigo de la piratería) ha derivado en la punición de crímenes como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad (...), teniendo en cuenta que el Derecho Internacional crece a través de decisiones alcanzadas de tiempo en tiempo en procura de adaptar principios a nuevas situaciones (...)”*(Consid. 33).

En votos disidentes varios Magistrados produjeron argumentaciones contrarias a la aplicación evolutiva del *ius cogens* por su capacidad de violar los principios de legalidad del derecho penal en Argentina.

Sin embargo, en el *Caso Derecho*⁹⁶, el Dictamen del Procurador⁹⁷, expresa: *“III-La comunidad internacional ha realizado un esfuerzo conjunto para definir, en una evolución cuyo último punto sobresaliente lo constituye el Estatuto de Roma de la*

⁹⁵

V. Nota 24.

⁹⁶ CSJN, 11-07-2007 – Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal – Causa N° 24.079- D 1682. XL. El 11 de agosto de 2004 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó la decisión de primera instancia por la cual se había declarado la prescripción de la acción penal respecto del imputado René Jesús Derecho. Contra ese pronunciamiento la parte querellante interpuso recurso extraordinario, cuyo rechazo motivó la presentación de esta queja. Lo central de la queja radicó en la alegación de que el delito presuntamente cometido en perjuicio de Juan Francisco Bueno Alves, y por el cual se había imputado a René Jesús Derecho, sería un delito de lesa humanidad. El peticionante alegó que, toda vez que el delito investigado se subsume en esa tipología del derecho internacional, se trataría de un delito imprescriptible. De conformidad a lo señalado por el recurrente, Bueno Alves habría sido víctima, los días 5 y 6 de abril de 1988 (al anochecer del primer día indicado y a la madrugada del siguiente), de una serie de hechos ilícitos que habrían comprendido una detención ilegal, la aplicación de golpes y la privación de medicamentos. El autor de estos hechos habría sido René Jesús Derecho, quien era miembro de la Policía Federal. Los ilícitos habrían ocurrido dentro de la División Defraudaciones y Estafas de dicha institución. El propósito de todas estas conductas, especialmente la aplicación de los golpes, habría consistido, según el apelante, en que Bueno Alves produjera una declaración que comprometiera penalmente a su abogado, el doctor Carlos Pérez Galindo. La motivación policial para proceder de esta manera -es decir, para provocar una declaración de Bueno Alves que sirviera para fraguar un procedimiento contra Pérez Galindo- radicaría en la venganza del "personal policial corrupto" contra este último. El ánimo de venganza provendría, a su vez, de que el doctor Pérez Galindo, en el marco de su actividad profesional, habría contribuido a que se descubrieran actividades ilícitas de la policía.

⁹⁷ Se hace presente que el fallo de la Corte *“hace suyos los fundamentos y conclusiones del señor Procurador General, a cuyos términos se remite en razón de brevedad”*.

Corte Penal Internacional, en qué consisten los crímenes de lesa humanidad". No obstante, es de observar que el Estatuto –calificado por el Procurador y por Corte como punto sobresaliente de esa evolución– expresamente, en el Art. 11 establece una competencia temporal retroactiva, contradiciendo la posición argentina..

La alegación de conformación de una nueva norma consuetudinaria de carácter general, particularmente una del rango del *ius cogens*, requiere de la constatación de la convicción jurídica de su inderogabilidad con carácter general, universal, representativa de la comunidad de Estados en su conjunto.

Para poder aplicar el criterio de imprescriptibilidad *ex tunc* con capacidad de neutralizar ciertos los principios de legalidad del derecho penal (entre ellos el de irretroactividad), según la teoría tradicional, resulta imprescindible probar que la norma consuetudinaria de *ius cogens* existía en el momento del crimen. Si bien, esta afirmación no se corresponde con el derecho internacional en evolución, que aplica la Corte ⁹⁸, debe tenerse en cuenta que el derecho intertemporal internacional exige que un derecho y su manifestación continuada se ajusten a las exigencias del derecho en evolución (*tempus regit actum*) ⁹⁹.

Desde la posición clásica, varios Magistrados, en votos disidentes han sostenido que: ***Es necesario para la extradición la doble subsunción in concreto y la existencia de norma lata precisa y vigente para ello** ¹⁰⁰. ***El *ius cogens* no puede tipificar delitos** ¹⁰¹. ***-No se admite la retroactividad de las normas penales**, en base a lo dispuesto en los Art. 18, 75.22 de la Constitución Nacional, Art. 11. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ("Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos **según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito**") y disposiciones equivalentes reiteradas en el Art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Art. 9 Convención Americana sobre Derechos Humanos, en Art. 7.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, etc. ¹⁰². ***-La única alusión de la Constitución al "derecho de gentes" es el Art. 118, que**

⁹⁸ Si bien invocando un derecho internacional no probado en su existencia.

⁹⁹ V. Laudo del árbitro Max Huber en el *Asunto de la Isla de Palmas (Recueil des sentences arbitrales, Vol. II, p. 845)*. Similares consideraciones efectúa la CIJ en el dictamen de 16 de octubre de 1975, en la Opinión Consultiva relativa al *Sahara Occidental* (para. 162).

¹⁰⁰

V. Caso Priebke, voto disidente conjunto de los Magistrados Belluscio y Levene (h), Consid. 8.

¹⁰¹

I.a. el Juez Vázquez, en el Consid. 32 de su voto disidente, en el *Caso Arancibia*, no ha podido dejar de observar la existencia de una evolución del derecho, con un nuevo perfil en la actualidad, al señalar: **"Que en razón de ello, esta Corte no puede dejar de advertir la tensión existente entre la obligación que, en la actual evolución del derecho, tienen los Estados de perseguir las violaciones a los derechos humanos y el hecho de que ellos puedan declararse prescriptos"**. El referido Magistrado ha expresado que esa tendencia es peligrosa para la seguridad jurídica, como también resulta poco adecuada en tanto permite afirmar que el *ius cogens* puede tipificar delitos.

¹⁰² *I.a.* en el *Caso Arancibia*, el Juez Belluscio, en el Consid. 15 de su voto disidente, recordó: **"(S) i bien el párr. 2º del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos agrega que '...nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional', ese párrafo fue objeto de la reserva dispuesta en el art. 4 ley 23313, (...): "El gobierno argentino manifiesta que la aplicación del ap. 2 del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el art. 18 CN.", de modo que**

constituye solamente una regla de competencia judicial ¹⁰³. *-La necesidad de aplicar el derecho constitucional vigente ¹⁰⁴. *-“La aplicación de los principios y normas del derecho de gentes, entendido éste como todo aquello que constituye parte esencial de la conciencia contemporánea y colectiva de los pueblos civilizados, y, por vía de ésta, la declaración de imprescriptibilidad de las penas correspondientes a hechos anteriores al dictado de las normas nacionales mediante las cuales la Argentina, como Estado soberano, se adhirió a él, **equivaldría a regirse por un derecho natural, suprapositivo, constituido por criterios de justicia no previstos en el derecho vigente al tiempo de los hechos de cuyo juzgamiento se trata** ¹⁰⁵. *- la **aplicación de la costumbre internacional** contrariaría las exigencias de que la ley

*la República no se adhirió incondicionalmente a los principios o normas del derecho de gentes, entre los cuales podría incluirse la imprescriptibilidad retroactiva de la acción penal destinada a perseguir los delitos de lesa humanidad; la adhesión se formuló de manera condicionada, y la condición fue que la aplicación de aquellos principios o normas no pudiera realizarse de modo retroactivo, violando la garantía consagrada en el Art. 18 CN., sino a partir del momento en que nuestras normas internas les dieran vigencia y hacia el futuro”. Agregó: “La cuestión fue expresamente considerada en el Senado de la Nación durante el debate previo a la sanción de la ley 25778, en el cual el senador Baglini -en opinión compartida por los senadores Usandizaga, Maestro, Salvatori, Prades y Gómez Díez- expresó: “Nuestra Carta Magna tiene una primera parte dogmática que ni siquiera fue tocada por la reforma constitucional de 1994, donde existe una piedra angular, que no es sólo de nuestra Constitución sino del Derecho Internacional, el de todos los países, que es el art. 18, por el que se **establecen principios fundamentales que son la garantía común de todos**, aun de los ciudadanos que sin merecer el título de tal negaron a algunos el ejercicio de sus derechos (...)”. Similar argumentación presenta el Juez Fayt en su voto disidente en el mismo Caso, en el Considerando 20, al hacer presente que “[n]o debe soslayarse, asimismo, que un texto análogo al del ap. 2 fue excluido del proyecto de lo que después fue la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (conf. Acta Final de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, suscripta en Santiago de Chile el 9/9/1959, Unión Panamericana, Secretaría General de la OEA., 1959, Washington DC.)”. Asimismo, señaló: “en definitiva, la vigencia del Art. 27 impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el **‘nullum crimen nulla poena sine lege praevia’ es innegablemente un principio de Derecho Público establecido en esta Constitución (art. 18 CN.), quizá uno de sus más valiosos. Es este margen nacional de apreciación el que determina que la garantía mencionada, consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, deba ser respetada estrictamente incluso tratándose de los denominados crímenes de lesa humanidad, cuando éstos se juzguen en el país”** (Consid. 19). El Juez agregó: “Con respecto a la específica posibilidad de aplicación retroactiva del principio de imprescriptibilidad, es del caso reseñar que el 3/12/1973 la Asamblea General de la ONU. adoptó la resolución 3074 (XXVIII) sobre “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”. Allí se estableció que esos crímenes, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas (A/CN. 4/368, p. 99). Empero, el representante de la delegación argentina se opuso a esa redacción, pues el texto podía interpretarse en el sentido de que se exige a los Estados que adopten una legislación retroactiva...” (Naciones Unidas, Asamblea General, 28º período de sesiones, Documentos Oficiales, sesión plenaria 2187, 3/12/1973, Nueva York, p. 4). Es por ello que la Argentina se abstuvo en el momento de la votación” (Consid. 20). El mismo Juez, en el Consid. 62 de su voto disidente en el Caso Simón, ha observado: “Que a poco de que se repare en ella, de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tampoco se deriva necesariamente la posibilidad de aplicación retroactiva del principio de imprescriptibilidad. En efecto, de su examen **no puede concluirse sin más que la omisión de los jueces de aplicar ex post facto las normas mencionadas vulnera la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por lo tanto, genere responsabilidad internacional**. Al respecto cabe puntualizar que la Corte Interamericana jamás ha afirmado expresamente que para cumplir con el deber de garantía deba aplicarse una norma que vulnere el principio de legalidad, establecido, por otra parte, en el art. 9 Convención Americana y cuyo cumplimiento también ha de asegurarse como deber de garantía del Estado Parte”. A ello agrega consideración sobre las pautas de interpretación establecidas en el Art. 29 de la misma Convención.*

penal debe ser cierta -exhaustiva y no general-, estricta -no analógica- y, concretamente con relación al *sub lite, scripta* -no consuetudinaria-. Sintetizando: las fuentes difusas -como característica definitoria de la **costumbre internacional**- son claramente incompatibles con el principio de legalidad ¹⁰⁶.

En lo que hace a la retroactividad, debe tenerse en cuenta que no sólo la Corte argentina ha sostenido en caso de crímenes de lesa humanidad y otras graves violaciones a normas imperativas del derecho internacional general corresponde enlazar imprescriptibilidad con retroactividad, también lo ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en el Caso Ilaşcu, ventilado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Rusia y

¹⁰³ I.a. en el *Caso Arancibia*, en el Consid. 42, el Juez Fayt en voto disidente, ha señalado: “En este aspecto, impone al legislador el mandato de sancionar una ley especial que determine el lugar en que habrá de seguirse el juicio, de suerte tal que a falta de la ley especial que prevé la norma (se refiere además a hechos acaecidos en el exterior), resulta inaplicable (Fallos 324:2885). En efecto, **esta Corte ya ha precisado el alcance acotado que debe asignarse a la escueta referencia que contiene esta norma (Art. 118 de la CN)**. Seco Villalba (“Fuentes de la Constitución argentina”, 1943, Ed. Depalma, p.225) da cuenta de su origen, que se remonta a la Constitución de Venezuela de 1811, la que del mismo modo simplemente estatuye que en **el caso de que el crimen fuese perpetrado contra el derecho de gentes** -en ese momento, piratería y trata de esclavos- y fuera de los límites de la Nación el Congreso determinará, por una ley especial, el paraje donde haya de seguirse el juicio”.

¹⁰⁴ I.a. el Juez Vázquez, en el Consid. 31 de su voto disidente, en el *Caso Arancibia*, ha expresado: “Que la solución aquí adoptada no controvierte la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, esta Corte ha reconocido que la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de las convenciones incorporadas a la Constitución por el art. 75 inc. 22 párr. 2° debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (Fallos 321:3555, consid. 10), pero ello en modo alguno implica la facultad de los jueces de violar el orden jurídico interno so pretexto de proteger los derechos humanos, pues el aseguramiento de la vigencia del derecho no puede concretarse mediante su aniquilación”. El Juez Fayt en el Consid. 43 de su voto disidente en el *Caso Simón*, ha señalado que: “(...) de conformidad con el art. 75 inc. 22 CN., el mencionado Pacto se incorporó ‘en las condiciones de su vigencia’. Esta pauta indica que deben tomarse en cuenta las reservas y aclaraciones que nuestro país incluyó en el instrumento mediante el cual llevó a cabo la ratificación internacional. Cabe recordar que el Estado argentino manifestó, para este caso, que la aplicación del ap. 2 del art. 15 del Pacto debía estar sujeta al principio de legalidad establecido en el art. 18 CN, lo que, como luego se verá, se condice con la importancia y necesidad de “un margen nacional de apreciación” (reserva del Estado argentino al ratificar el Pacto el 8/8/1986; art. 4 ley 23313; al respecto ver también las manifestaciones del representante de la delegación argentina, Dr. Ruda, en el 15° periodo de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Documentos Oficiales, 3ª Comisión, sesiones 1007ª y 1009ª, del 31/10/1960 y 2/11/1960, respectivamente). No debe soslayarse, asimismo, que un texto análogo al del ap. 2 fue excluido del proyecto de lo que después fue la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (conf. Acta Final de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, suscripta en Santiago de Chile el 9/9/1959, Unión Panamericana, Secretaría General de la OEA., 1959, Washington DC.)”. En el Consid. 44, ha afirmado: “(...) El artículo citado (27 CN) consagra la supremacía de la Constitución -más precisamente, de los principios constitucionales- frente a los tratados internacionales, y de él proviene la “cláusula constitucional” o “**fórmula argentina**” expuesta en la Conferencia de la Paz de La Haya en 1907 por Roque Sáenz Peña, Luis M. Drago y Carlos Rodríguez Larreta, por la que se deben excluir de los tratados en materia de arbitraje ‘las cuestiones que afectan a las Constituciones de cada país’. En consecuencia, **los tratados que no se correspondan con los principios de derecho público establecidos en la Constitución serán nulos** ‘por falta de jurisdicción del gobierno para obligar a la Nación ante otras’ (González, Joaquín V., Senado de la Nación, Diario de Sesiones, sesión del 26/8/1909 y vol. IX de sus “Obras completas”, ps. 306 a 309)”.

¹⁰⁵ Estas expresiones corresponden al voto disidente del Juez Belluscio en el *Caso Arancibia* (Consid. 16), el que, además agrega: “(...) postular que en ausencia de normas constitucionales o legales que calificaran de antemano a los hechos como delitos de lesa humanidad y los consideraran

Moldavia fueron condenadas por violar varios artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos tras la detención y encarcelamiento de cuatro ciudadanos moldavos en un centro de la Transnistria, a pesar de no haberse hallado vigente para ellos el Convenio a la fecha de la comisión de los hechos (*Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], no 48787/99, CEDH 2004-VII – (8.7.04) ¹⁰⁷.

Algunos doctrinarios han observado que en el evolutivo derecho internacional otros principios se han visto debilitados, tal el caso del principio *non bis in idem* y cosa juzgada, a los que han denominado “mito” que agoniza en el derecho procesal actual ¹⁰⁸.

imprescriptibles, igualmente correspondiera aplicarles esa calificación y esa consecuencia porque así lo disponía el derecho penal internacional al cual nuestro país aún no se había adherido. Mirado desde otra perspectiva, de acuerdo con esa tesis el derecho penal internacional resultaría aplicable por analogía o de manera derogatoria del derecho constitucional argentino por considerar que los preceptos contenidos en aquél -derivados de la conciencia de los pueblos civilizados- serían de más valor o se corresponderían más exactamente con el ideal común de justicia, a pesar de lo establecido en nuestra Ley Fundamental. Tal conclusión es jurídicamente inaceptable, porque parte de la base de considerar que la legislación argentina consagró una suerte de injusticia legal que obliga a reemplazarla por las reglas de valor que forman parte del sentimiento de los pueblos civilizados. Ese sentimiento, no ya nuestro derecho penal positivo, sería la fuente de las normas de conducta”. En el Considerando 17, el mismo Magistrado recordó que: “frente a los mismos textos u otros similares, la sala criminal de la Corte de Casación francesa ha rechazado terminantemente tanto la aplicación retroactiva de acuerdos internacionales en materia penal como la de un supuesto Derecho Internacional consuetudinario que obligara a aplicar reglas no escritas”. Agregó: “En una causa promovida por el Movimiento Contra el Racismo y por la Amistad Entre los Pueblos el juez de instrucción rehusó investigar los crímenes contra la humanidad cometidos en Argelia entre 1955 y 1957, decisión que fue confirmada por la sala de instrucción de la Corte de Apelaciones de París, por considerar: “(...) 11) Que los hechos denunciados sólo podrían ser perseguidos si revistieran una calificación penal de Derecho interno o de Derecho Internacional; que el art. 212-1 CPen., que define los crímenes contra la humanidad, había sido introducido en la legislación interna el 11/3/1994, de manera que esa incriminación no puede aplicarse a hechos cometidos anteriormente, y que el art. 11 de la ley del 26/12/1964 que declaró imprescriptibles los crímenes contra la humanidad no dio de ellos ninguna definición, por lo que se refirió a textos internacionales preexistentes; que las únicas disposiciones de incriminación en el orden internacional a las cuales Francia se obligó son las previstas por la Carta del Tribunal Internacional de Nuremberg anexa al acuerdo de Londres del 8/8/1945, y las incluidas en la resolución de las Naciones Unidas del 13/2/1946, las cuales sólo contemplan los crímenes que tuvieron lugar durante la Segunda Guerra Mundial, de manera que resultaban inaplicables en el caso; (...) 21) que para sostener la acción no es posible invocar una costumbre internacional que si en su caso puede guiar la interpretación de una convención, no puede suplir su ausencia para crear ‘ab initio’ una incriminación; (...) 31) que la aplicación de la calificación del art. 212 -1CPen. a hechos anteriores, ‘a fortiori’ ya prescriptos según las disposiciones del derecho común, estaría en contradicción con el principio de irretroactividad de la ley penal que no podría ser discutido sino sobre la base de una disposición expresa del legislador, que faltaba en el caso; que, igualmente, la imprescriptibilidad de hechos anteriores no podría aceptarse sin chocar con el principio general establecido por el art. 112 -2, 41, en ausencia de disposiciones específicas en ese sentido”. “El recurso de casación, basado en la violación del art. 55 Constitución francesa, del Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg anexo al Acuerdo de Londres del 8/8/1945, de la resolución de las Naciones Unidas del 16/2/1946, del artículo único de la ley del 26/12/1964, de los arts. 7.2 Convención Europea de Derechos Humanos y 15.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del art. 212-1 CPen., de la Ley de Amnistía del 31/7/1968, de la superioridad de la norma consuetudinaria represiva internacional sobre las leyes nacionales, del derecho de defensa, y en la ausencia de motivos y falta de base legal, fue rechazado por la Corte de Casación en los siguientes términos: “Atento que resulta de la sentencia atacada y de las piezas del expediente que el Movimiento Contra el Racismo y por la Amistad Entre los Pueblos (MRAP.) ha denunciado a persona indeterminada y se ha constituido en parte civil por crímenes contra la humanidad en razón de las torturas y ejecuciones sumarias que, en un libro publicado el 3/5/2001, el general Paul X reveló haber practicado u ordenado practicar sobre la población civil, en Argelia entre 1955 y 1957, cuando era oficial de inteligencia al servicio del ejército francés; Atento que,

Percepciones postmodernas han afirmado la relatividad del principio de no retroactividad vinculado a la imprescriptibilidad de ciertos crímenes. Ello se observa en varias sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vg.: *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4, párr. 153.; *Caso Barrios Altos*, sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75, párr. 41; *Caso Trujillo Oroza*, Sentencia de 27 de febrero de 2002, Serie C, N° 92, párr. 92 b), etc. También se observa en sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, i.a.: *Ilaşcu, Alexandu L. y otros c. Moldavia y Rusia*; *Banković y otros c. los países miembros de la OTAN*; *Gorraiz Lizarraga y otros c. España (sentencia de 27 abril 2004)*; *Stran y Sstratis Andreadis c. Grecia (sentencia de 9 diciembre 1994, Série a no 301-b)*, *Papageorgiou c. Grecia (sentencia de 22 octubre 1997, Recueil 1997-vi)*, *Building Societies c. Reino Unido (sentencia de 23 octubre 1997, Recueil 1997-vii)*, *Zielinski y Pradal § Gonzalez y otros c. Francia*, no 24846/94, 1999-vii), etc.

Frecuentemente, quienes asumen gobierno tras largos conflictos armados, rebeliones civiles o dictaduras, han preferido otorgar amnistías colectivas o individuales a quienes cometieron graves violaciones a los derechos humanos, como medio de pacificación social. Esa práctica, actualmente, al influjo de nuevas tendencias político-ideológicas es catalogada de viejo y aberrante derecho y suplantada en la práctica de un número creciente de Estados, aun cuando tal número esté lejos de representar una conciencia común de la comunidad de Estados.

Reflexiones finales

Creemos que el derecho internacional ha ido variando en las últimas décadas, en base a las mutaciones operadas en la sociedad internacional y sus percepciones político-ideológico-culturales, pasando de:

para confirmar la ordenanza de primera instancia, la sala de instrucción consideró que al no poder ser perseguidos bajo la calificación crímenes contra la humanidad, los hechos denunciados entraban en las previsiones de la Ley de Amnistía 68-697 del 31/7/1968; Atento que al pronunciarse así, los jueces justificaron su decisión; Que las disposiciones de la ley del 26/12/1964 y las del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, anexo al Acuerdo de Londres del 8/8/1945, únicamente conciernen a los hechos cometidos por cuenta de los países europeos del eje; Que, por otra parte, los principios de legalidad de los delitos y de las penas y de irretroactividad de la ley penal más severa, enunciados por los arts. 8 Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, 7.1 Convención Europea de Derechos del Hombre, 15.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 111-3 y 112 -1 CPen., constituyen un obstáculo a que los arts. 211-1 a 211-3 de ese Código, que reprimen los crímenes contra la humanidad, se apliquen a los hechos cometidos antes de la fecha de su entrada en vigor, el 11/3/1994; Que, en fin, la costumbre internacional no podría suplir la ausencia de texto que incrimine, bajo la calificación de crímenes contra la humanidad, los hechos denunciados por la parte civil (sent. del 17/6/2003, Bulletin Criminel, 2003, n. 122, p. 465; Recueil Dalloz, 2004-92).

¹⁰⁶ La frase corresponde al voto disidente del Juez Fayt en el *Caso Arancibia Clavel* (Consid. 42).

¹⁰⁷ V. Petculescu, J. “La contribution du droit international de la responsabilité a la protection des droits de l’homme du 8 juillet 2004 dans l’affaire Ilaşcu et autres c. la République de Moldova et la fédération de Russie », *Revue Général de Droit International Public*, 2005-3, pp. 381 y ss.

¹⁰⁸

V. i.a. Urueña, R.F. *Un mito que agoniza: el principio de ‘non bis in idem’ en el derecho procesal penal contemporáneo* (V. <http://www.elfaroderecho.8m.com/archivos/nonbisinidem.htm>); Pisani, M. “Franco Carrara e il *ne bis in idem* internazionale”, *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. LXXXVIII, 2005-4, pp. 1022 y ss.

-la prevalencia del *valor institucional estatal universalista (derecho humano colectivo a que se respete ad intra y ad extra el sistema elegido por la comunidad para regularse*, manifestado en los principios de imperio y soberanía, principio de no intervención, principio de efectividad) con derecho del Estado a someter a grupos sediciosos o rebeldes que pudiesen poner en peligro las instituciones del Estado de la manera que estimara adecuado, para preservar la sociedad como conjunto y sus derechos colectivos establecidos con carácter de obligación primaria y fundamental del Estado a:

-la prevalencia del *valor individual de los derechos humanos con percepción crítica, reflexivista, particularista*, implicando ello la debilitación de los principios fundamentales de la etapa anterior, correspondiendo al Estado asegurar la protección del individuo con visión fundada en percepciones propias del relativismo cultural ¹⁰⁹.

La sociedad nacional e internacional ha cambiado. A la modernidad-racionalidad-prevalencia de lo social/institucional y la seguridad jurídica del colectivo ha sucedido (probablemente, como en las épocas históricas que nos han precedido, por un corto período¹¹⁰) una era postmoderna-relativista agnóstica, criticista o constructivista con prevalencia de lo particular/individual, facticista/casuista, tal como lo señaláramos *supra*¹¹¹.

Destacamos esta percepción de “nueva sociedad”, “nuevo derecho”, en tanto, los dos tribunales internacionales de derechos humanos que existen (a más de un importante número de tribunales nacionales) se han ido adhiriendo a la visión postmoderna señalada. La misma ha ido creciendo y contribuyendo a la formación de una nueva eventual *opinio iuris*. Decimos esto último, en tanto, los Estados no se han retirado de los tratados que crearon el sistema jurisdiccional que cambió su doctrina jurisprudencial, ni han retirado sus declaraciones de sumisión obligatoria a esas cortes, como respuesta a sus fallos, dando apoyo con ello a la nueva tendencia. Es una dimensión jurídica que avanza sin oposición de los Estados, más allá de que algunas voces de doctrinarios se hayan alzado al rescate de un orden general social que dé seguridad jurídica a todos, como bien superior colectivo. Es de observar que la sociedad es más amplia, dinámica y heterogénea que nunca, bien distante de la homogénea cultura de civilización europea, predominante unas décadas atrás.

¹⁰⁹ V. con relación a universalismo v. relativismo y la eventual usurpación por parte del poder judicial de las funciones del legislativo, como también por parte de los poderes nacionales del derecho internacional, Curran, P.D. “Universalism, Relativism, und Private Enforcement of Customary International Law”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5, N° 1 (2004-2005), pp. 311 y ss.

¹¹⁰ Ya los sofistas, *i.a.*: *han destacado que hay una oposición entre la justicia y la legalidad (nomos): la primera es ley de la naturaleza y mantiene siempre su validez en todo lugar; la segunda es ley humana y variable, engendradora de poder tiránico y arbitrario (Hipias); han argumentado que toda legalidad representa los intereses de los más fuertes, consolidando sociedades injustas (Trasímaco); han señalado las falencias de las normas generales que no contemplan las particularidades fácticas y la singularidad de los acontecimientos (Protágoras), etc.

¹¹¹ La mutabilidad de la sociedad y su derecho ha sido resalado por numerosos doctrinarios. Así, en particular, Nahlik hace referencia a un *jus cogens* “necessarily changeable” (Nahlik, S.B. “The Grounds of Invalidity and Termination of Treaties”, *American Journal of International Law*, 1971, pp.736 y ss.).

La CSJN, tomando las banderas de ese “nuevo derecho” ha aplicado las fuentes del derecho internacional de manera particular, distinta a la consolidada en el derecho internacional, voluntarista, progresista. Es de observar que, cuanto más ideologizado/parcializado esté el perfil de las interpretaciones que hace la Corte, tanto más débil será su aporte a la conformación de una eventual futura norma de derecho internacional general. El peligro de la politización y forzamiento de la evolución del derecho ha sido destacado por Danilenko¹¹². La presión puede llevar a una más conflictiva relación interestatal por falta de consenso en la sensible cuestión relativa a la construcción normativa del derecho internacional general, en particular, del *ius cogens*¹¹³.

Sin embargo, tal como lo señaláramos al inicio de este trabajo, no deja de ser un gran adelanto desde el punto de vista del Derecho internacional el monismo jurídico con primacía del Derecho internacional que la CSJN con sus fallos ha consolidado.

¹¹² El referido autor señala: “States pressing for the rapid reforms in the existing international legal order regard the concept as a powerful tool of renovation. The proponents of reforms have discovered that by creating a few peremptory principles they may bring about radical changes in the entire system of the existing legal relationships”. “As a practical matter, there is a growing danger that in the absence of clearly defined procedures for the creation of peremptory norms their emergence and subsequent identification may become a matter of conflicting assertions reflecting political preferences of different groups of states. Lack of consensus as regards the basic parameters of the law-making process leading to the emergence of peremptory rules inevitably opens the door for the political misuse of the concept”. Danilenko E. “International Ius Cogens: Issues of Law-Making”, *EJIL*, Vol. 2, N° 1, pp. 42. Y había señalado Ago la necesidad de la generalidad, universalidad de la práctica-*opinio juris*: « (...) il faut que la conviction du caractère impératif de la règle soit partagée par toutes les composantes essentielles de la communauté internationale et non seulement, par exemple, par les Etats de l'Ouest ou de l'Est, par les pays développés ou en voie de développement, par ceux d'un continent ou d'un autre ». (Cf. Ago, R. « Droit des traités à la lumière de la convention de Vienne », *Recueil des Cours* (1971-III) Vol. 134, pp. 237).

¹¹³ Paulus, A.L. como cierre de sus reflexiones del trabajo que refiriéramos *supra* (“*Jus cogens* in a Time of Hegemony and Fragmentation”) ha señalado: “*Jus cogens* cannot substitute for the emergence of consensual values and institutions, and it is dangerous to allow its abuse for bringing them about by other means”. (www.jura.uni-muenchen.de/Einrichtungen/ls/nolte) V., asimismo al respecto, Petculescu, I. “Droit international de la responsabilité et Droits de l’Homme”, *Revue Générale de Droit International Public*, 2005-3, pp. 581 y ss.
