

R E V I S T A
TRIBUNA
INTERNACIONAL^{M.R.}

Publicación del Departamento de
Derecho Internacional

Volumen 4 / N°7 / 2015

FACULTAD DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Rector de la Universidad de Chile

Ennio Vivaldi Véjar
Av. Alameda Libertador Bernardo
O'Higgins 1058, Santiago

Representante legal

Davor Harasic Yaksic
Decano de la Facultad de Derecho
Universidad de Chile

**Director del Departamento de
Derecho Internacional**

Edmundo Vargas Carreño

**Director de la Revista Tribuna
Internacional**

Mario Ramírez Necochea

**Editor General de la Revista Tribuna
Internacional**

Luis Valentín Ferrada Walker

Comité Editorial

Íñigo Álvarez Gálvez (*Universidad de
Chile, Chile*)
Gonzalo Aguilar (*Universidad de Talca,
Chile*)
José Carlos Fernández Rosas
(*Universidad Complutense de Madrid,
España*)
Claudio Grossman (*American
University, EE.UU*)
Mattias Kumm (*New York University,
EE.UU*)
Hugo Llanos (*Universidad Central,
Chile*)
Cecilia Medina (*Universidad Diego
Portales, Chile*)
Elina Mereminskaya (*Universidad de
Chile, Chile*)
Mónica Pinto (*Universidad de Buenos
Aires, Argentina*)

Revista Tribuna Internacional ^{M.R.}

Publicación del Departamento de
Derecho Internacional de la Facultad
de Derecho de la Universidad de Chile.
Su objetivo es fomentar la reflexión, el
debate, el análisis y la comunicación
sobre el derecho internacional en forma
pluralista y con rigor científico. Se
publica cada semestre en los meses de
junio y diciembre mediante convocatoria
abierta a la publicación de artículos
y monografías inéditos, comentarios
de jurisprudencia, reseñas y
comentarios de libros, en los campos de
derecho internacional público y privado,
derecho internacional de los derechos
humanos y relaciones internacionales,
tanto en castellano como en inglés.

Volumen 4/ N° 7 / 2015
www.tribunainternacional.uchile.cl
ISSN 0719-210X (versión impresa)
ISSN 0719-482X (versión en línea)

Departamento de Derecho Internacional
Facultad de Derecho
Universidad de Chile
Av. Santa María 076, 4° piso
Providencia, Santiago de Chile

Diseño y producción:

Gráfica LOM
www.lom.cl

Impreso en Chile/ Printed in Chile

Se autoriza la reproducción total o
parcial del contenido de la publicación,
siempre que se reconozca y cite el/ la/
los/ las autor/a/es/as y la publicación, no
se realicen modificaciones a la obra y no
se la utilice para fines comerciales.

Impacto de las fuentes del derecho internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina¹

Impact of the international law sources on the jurisprudence of the Supreme Court of Argentina

Laura Araceli Aguzin

laafunes@hotmail.com

Profesora Titular por concurso de Derecho Internacional Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (Argentina). Abogada especialista en docencia universitaria, en derecho de la integración y derecho administrativo. Investigadora. Consejera de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

Resumen: La evolución del derecho y la comunidad internacionales produjeron profundas transformaciones en sus reglas. Entre estas modificaciones se destaca el que ya no es sólo un derecho destinado a regir las relaciones entre los Estados, sino fundamentalmente a regir las relaciones al interior de los mismos. De esta manera, el derecho internacional ha tenido un profundo impacto en los sistemas jurídicos internos. Este trabajo analiza el impacto desde las fuentes de producción normativa. Para ello se intenta esbozar la permeabilidad del sistema jurídico argentino a dichas fuentes internacionales.

Palabras claves: fuentes, derecho internacional, derecho interno y jurisprudencia.

Abstract: *The evolution of international law and international community has produced deep changes in its rules. Among the changes highlighted, which it is no only a law intended to govern relations between states, but mainly to conduct relations within them. Thus it has had a deep impact on domestic legal systems. This paper analyzes the impact from the sources of production rules. To do this, attempts to outline the permeability of the Argentine Legal System to such international sources.*

Keywords: *Sources, International Law, National Law, Jurisprudence.*

¹ Artículo enviado el 30.03.2015 y aceptado el 19.05.2015.

1. El derecho internacional actual en visión histórica

1.1. Los retos del derecho internacional y su intromisión en los derechos internos

El sistema jurídico creado por los Estados, denominado Derecho Internacional Público, presenta especiales características que lo distinguen de los sistemas jurídicos internos. Siendo un sistema jurídico de coordinación, no se trata de un orden impuesto por una autoridad sino establecido de común acuerdo. Los sujetos que lo integran son en principio y formalmente creadores, destinatarios y garantes de las normas que lo componen.

El siglo XX fue el escenario del paso del derecho internacional clásico al contemporáneo. Este paso no es una cuestión menor, ya que está cargado de avances y retrocesos, crisis, predicciones, anomalías y paradigmas.

El mundo internacional anterior a la Primera Guerra Mundial estaba constituido por un escaso número de Estados europeos. Luego de esta guerra, a lo largo de la existencia histórica de la Sociedad de Naciones, el mundo seguía compuesto por Estados europeos y algunos americanos, un club netamente occidental. Pero luego de la Segunda Guerra Mundial, este mundo sufrió una fuerte expansión no sólo cuantitativa sino también cualitativa.

Es así que con Naciones Unidas se produjo la descolonización del mundo afroasiático. El resultado indiscutible es que la comunidad internacional contemporánea es universal, no sólo por el número de Estados sino también por su distribución por continentes y culturas.

La comunidad internacional contemporánea ya no es europea, ni exclusivamente occidental, ni cristiana, sino universal. Esta universalidad lleva implícita la heterogeneidad, con la cual se producen grandes tensiones.

Hasta hace escaso tiempo una de las heterogeneidades más relevantes la constituía la escisión ideológica Este – Oeste, la llamada Guerra Fría.

Sin embargo, se dio la caída del régimen socialista, la disolución de la Unión Soviética, la caída del Muro de Berlín y la unificación alemana, así como la disolución de distintos Estados socialistas (Checoslovaquia, Yugoslavia). Es decir, se produjo el derrumbe del sistema político dominado por la Unión Soviética.

La guerra iniciada por Estados Unidos contra Irak puso en jaque a todos los analistas, juristas y doctrinarios dedicados al tema.

El desconcierto en el análisis actual de las relaciones internacionales está motivado probablemente en la ausencia de una perspectiva integral de largo plazo que se haga cargo de la naturaleza compleja de los procesos sociales actuales².

Quizás la característica más relevante del derecho internacional contemporáneo está dada por la circunstancia de que éste no regula sólo las materias atinentes a relaciones interestatales, sino que incluso al dirigirse a los Estados tiende a disciplinar materias atinentes a las relaciones interindividuales, es decir, las relaciones internas de la comunidad estatal. El derecho internacional es cada vez menos un derecho para diplomáticos y cada vez más un derecho destinado a ser administrado y aplicado por los operadores jurídicos internos. Los Estados, urgidos por su propia supervivencia, han puesto constantemente más materias en común.

El contenido material del derecho internacional es vastísimo, llegando incluso a constituirse distintas especialidades que reconocen como tronco común al mismo. Este contenido se refiere tanto a reglas y limitaciones en las relaciones externas de los Estados, como a límites a la regulación de materias internas.

Las relaciones continuadas entre el derecho internacional y los derechos internos generan un flujo de mutuas influencias que repercuten en la evolución de ambos sistemas normativos. La recepción, adaptación o coordinación, en sentido amplio, es el proceso de introducción del derecho internacional en los derechos internos, de publicación normativa, de relacionamiento con las demás normas, eventualmente de ejecución normativa, y de aplicación por los órganos jurídicos internos. El fenómeno no es sólo una cuestión teórica sino *fundamentalmente práctica*³.

La preocupación, nacida hace ya largo tiempo, acerca del análisis de la evolución de la comunidad internacional y su derecho, y las repercusiones de esta evolución en los derechos nacionales, son abordadas en este trabajo con las limitaciones propias de su extensión desde el impacto de las fuentes internacionales en la jurisprudencia interna de la Corte Suprema argentina.

² PARADISO, José. "Diálogos". *Relaciones Internacionales*, Año 7, N°12. La Plata, Instituto de Relaciones Internacionales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 1997.

³ RODRIGO HERNÁNDEZ, Ángel J. *Las resoluciones obligatorias de las organizaciones internacionales de cooperación*. Madrid, Tecnos, 1997, 363 p.

1.2. *Las transformaciones en las fuentes y contornos de la nueva juridicidad*

Tradicionalmente los autores vinculan el tema de las fuentes del derecho internacional a lo establecido en el artículo 38 apartado I del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esta concepción es la que predominó durante el siglo XX.

Sin embargo, es posible advertir que la normatividad internacional hoy tiene formas de manifestación mucho más amplias y en algunos casos sofisticadas, según lo hace notar Becerra Ramírez⁴.

El primer interrogante que surge, y ya durante el siglo XX, es acerca de si la norma contenida en el Estatuto es una expresión cerrada de las fuentes.

La doctrina no se pone de acuerdo, ya que una parte lo niega entendiéndolo que toda otra manifestación normativa se subsume en las tradicionales fuentes, y otra parte afirma su posibilidad básicamente surgida de la práctica internacional⁵.

El tema podría ser abordado desde diversas miradas.

Por un lado, desde la fragmentación normativa e institucional que hoy preocupa a los estudiosos del derecho internacional⁶. El Estatuto vincula en principio sólo al tribunal internacional al que refiere, por lo que otros estatutos de otros tribunales internacionales (y dada la estructura descentralizada de la comunidad internacional) podrían establecer otras fuentes o bien otorgarle a una determinada fuente otro carácter. En una aproximación al tema, según afirma Pagliari⁷, otra postura sería sostener que lo dispuesto en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, teniendo en cuenta que forma parte de la Carta de San Francisco, tiene una jerarquía superior que los Estados no pueden desconocer ni soslayar, de conformidad al artículo 103 de la Carta.

⁴ BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *El control de la aplicación del derecho internacional. En el marco del estado de derecho*. México D.F., Universidad Autónoma de México, 2013, 174 p.

⁵ Becerra Ramírez señala que “Alf Ross, citado por Fitzmaurice, ve en la limitación de las fuentes en un solo artículo el peligro de que frecuentemente sea incompleto o que sea inadecuado a la realidad. Para Ross, la práctica internacional es la importante”. En BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México D.F., Universidad Autónoma de México, 2006, p. 4.

⁶ *Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional. Comisión de Derecho Internacional. A/CN.4/L.702. 2006.

⁷ PAGLIARI, Arturo. “La aplicación del derecho: el valor de la jurisprudencia en el derecho internacional contemporáneo”. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*. Córdoba, Asociación Argentina de Derecho Internacional - Lerner Editora, 2012, pp. 181-231.

Por otro lado, desde el análisis de la práctica internacional sería posible identificar algunas manifestaciones de normatividad internacional en las resoluciones de los organismos internacionales y en los actos unilaterales de los Estados. Si estas nuevas formas de manifestación no son consideradas como fuentes, se crea un vacío jurídico basado en la falta de controles internos e internacionales. En parte, ello se ha debido a una sacralización del art. 38-I del Estatuto. Por otra parte, si son consideradas fuentes es necesario revisar los alcances de cada una de ellas.

En conclusión, tradicionalmente en el derecho internacional se han considerado fuentes formales en sentido restringido (creadoras de normas internacionales) a los tratados, la costumbre, los principios generales del derecho tal como se encontrarían enumeradas en el art. 38-I del Estatuto de la Corte. Estas han recibido la denominación de fuentes principales. Sin embargo, teniendo en cuenta el carácter esencialmente dinámico del derecho internacional⁸, se enuncian dos fuentes más con este carácter: los actos unilaterales y las decisiones de las instituciones internacionales. La doctrina no es pacífica en el tema y los contornos de la nueva normatividad aún son imprecisos. Por otra parte, se encontrarían los medios auxiliares, habiéndose cuestionado el valor que cabe hoy asignarle a la jurisprudencia internacional.

2. Las fuentes enumeradas en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: luces y sombras

2.1. *La renovada actualidad de la costumbre internacional*

La costumbre internacional sufrió profundas transformaciones en el derecho internacional contemporáneo adecuándose a los cambios de la comunidad internacional. En primer lugar, en cuanto a dos de sus características, así ya no resulta fundamental la prueba del consentimiento del Estado demandado en la costumbre general, produciéndose de esta manera un abandono jurisprudencial de la doctrina de la costumbre como acuerdo tácito; el consentimiento es relevante a la hora de determinar al legítimo objeto que es quien se opone a la norma desde sus inicios, reconociendo como límite a esta posibilidad de no aplicación de la norma, a las normas de *ius cogens*. Por otra parte, el factor temporal, que en el derecho internacional clásico resultaba ser un tercer elemento, ha perdido la importancia de antaño, dado que el avance en las comunicaciones, el

⁸ Pastor Ridruejo expresa que la dinámica de la sociedad internacional está provocando algunos cambios en el proceso de creación normativa. PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 11ª edición. Madrid, Tecnos, 2007, pp. 65-68.

desarrollo tecnológico y la propia institucionalización de la comunidad internacional han motivado un acortamiento de los plazos en que la costumbre se puede generar.

Estas transformaciones se dieron respecto de las características de la costumbre, pero también es importante remarcar la relación dinámica que se da entre costumbres, tratados y organizaciones internacionales, en especial la ONU. De manera tal que hoy las fuentes no son compartimentos estancos, y la institucionalización de la comunidad internacional ha contribuido a dinamizar los procesos de creación de normas jurídicas internacionales y a facilitar su prueba de tan difícil consecución en el derecho internacional clásico, en especial con relación a la costumbre.

Además, de acuerdo a lo declarado por la CIJ⁹, a pesar de que una costumbre esté contenida en un tratado sigue existiendo como tal al costado del tratado, no desaparece; y por tanto, si por algún motivo el tratado no resulta aplicable entre las partes, reaparece la costumbre como fuente del derecho.

En el proceso de formación de una costumbre, se reconoce en general que todos los órganos y poderes del Estado pueden participar, por lo tanto las leyes, sentencias y actos administrativos también pueden contribuir a su formación.

Un tema que ha suscitado especial interés es el de la transformación de la costumbre. Ello puede traer aparejado no pocos conflictos tanto en el ámbito internacional como en el interno.

Por otra parte, la jurisprudencia interna ha jugado un importante papel en el proceso de formación y de aplicación de la costumbre internacional.

En primer lugar, quizás muchos sistemas jurídicos internos no definen a priori a través de sus normas fundamentales, o al menos no lo hacen con claridad y suficiencia, qué lugar ocupa y de qué manera se integra la costumbre en el derecho interno. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN o Corte Nacional) ha expresado: "...la costumbre internacional y los principios generales del derecho de ese ámbito¹⁰ forman parte del derecho interno argentino, y que –entre aquellos– uno de los básicos es el del respeto a la soberanía de los Estados..." (*Nadel*, considerando 12 del voto mayoritario)¹¹.

También en el caso *Simón*, el dictamen del Procurador General ha expresado: "... las normas de derecho internacional vigentes para la República Argentina –y con ello me

⁹ CIJ (1986). *Asunto actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos) (fondo).

¹⁰ No resulta ser el momento oportuno para profundizar en ello, pero parecería que la Corte confunde los principios generales del derecho con los principios generales del derecho internacional.

¹¹ Fallos de la Corte Suprema de la Nación, *Nadel, León y otro s/contrabando* (Buenos Aires, 1993), 316: 567.

refiero no sólo a los tratados, sino también a las normas consuetudinarias y a los principios generales del 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)¹².

Respecto al rango jerárquico de las normas consuetudinarias en el derecho argentino, la jurisprudencia les ha asignado igual rango que a los tratados internacionales. Dicho rango presenta un límite claro en los derechos constitucionales y en las normas de *ius cogens* internacional. Así se lo ha reconocido en el caso *Cabrera*, tanto en el dictamen del Procurador General (rango constitucional del derecho a la jurisdicción) como en el voto de la mayoría de la Corte Nacional en la sentencia (con remisión al voto del Procurador) y en el voto separado de los Dres. Gabrielli y Guastavino (existencia de una norma imperativa de derecho internacional, art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados)¹³.

En cuanto a la formación y transformación de la costumbre internacional, en el campo de las inmunidades de los Estados extranjeros, el desarrollo de una costumbre restrictiva en oposición a la inmunidad absoluta imperante y fundada en el esencial principio de soberanía de los Estados, se dio precisamente a partir de la jurisprudencia interna bajo el influjo inicial de la jurisprudencia ítalobelga.

Quizás uno de los debates más arduos con esta fuente internacional en el ámbito interno argentino es el que se suscitó respecto de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.

La Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad adoptada en 1968 no hace más que declarar una costumbre ya existente según muchos doctrinarios. Y además, agregan, se trata de una norma de *ius cogens*, que por lo tanto no admite la posibilidad del “objeto persistente”.

En este sentido, la Corte Nacional, aplicando derecho consuetudinario, ha declarado en *Arancibia Clavel* (2005) que “El delito de asociación ilícita perpetrado para perseguir opositores políticos por medio de homicidios, desapariciones forzadas de personas y tormentos reviste carácter de crimen internacional y, por ende, es imprescriptible, sin que corresponda declarar extinta la acción penal... en función del art. 210 del Código Penal, pues tal disposición resulta desplazada por el derecho internacional consuetudinario”. Y además, el voto separado del Dr. Boggiano agregó que la aparente retroacti-

¹² Fallos de la Corte Suprema de la Nación, *Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc.* (Poblete) (Buenos Aires, 2005), 328: 2056.

¹³ Fallos de la Corte Suprema de la Nación, *Cabrera, Washington Efraín c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande* (Buenos Aires, 1983), 305: 2150.

vidad de los tratados internacionales acerca del tema debe prevalecer sobre cualquier otro principio pues tutela normas imperativas de *ius cogens*, que estuvieron vigentes en realidad desde tiempo inmemorial¹⁴.

En el caso *Priebke*, el gobierno italiano requirió su extradición para su juzgamiento por hechos calificables por tratados internacionales como “genocidio” y “crímenes de guerra”, pero desde la perspectiva del derecho interno, la acción penal se encontraba prescripta. A pesar de ello, la Corte hace lugar a la extradición por entender que, conforme la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, no resultaban aplicables las reglas de la prescripción de la acción penal previstas en el Código Penal¹⁵.

El caso *Lariz Iriondo* se asemeja al caso *Arancibia Clavel* teniendo en consideración el análisis que realiza la Corte respecto de los hechos –a la luz del derecho internacional consuetudinario y convencional– en lo que hace no sólo a la calificación del delito sino también su imprescriptibilidad. En éste los hechos imputados a Lariz Iriondo (colocación y detonación de explosivos en la vía pública) no encontraban sustento o fundamentación en una norma convencional o consuetudinaria –a diferencia de *Arancibia Clavel*– para calificar al terrorismo como crimen de lesa humanidad y por ende imprescriptible (opinión de la mayoría de negar la extradición al Reino de España). Es importante destacar la labor disidente por cuanto es respetable y, aun más, discutible en lo que respecta a la existencia dentro de la comunidad internacional de una norma consuetudinaria que califique al terrorismo y por ende lo declare como imprescriptible¹⁶.

En conclusión, la costumbre internacional, aunque no genere en el ámbito interno argentino la profusa literatura jurídica que sí generan los tratados, aún en el derecho internacional contemporáneo continúa cumpliendo un rol fundamental.

En este sentido, Remiro Brotóns señala que “mientras la sociedad internacional conserve sus características estructurales esenciales, en particular la inexistencia de un poder legislativo mundial, y la costumbre mantenga su capacidad de adaptación a una realidad cambiante, conservará su importancia y gozará de un papel principal en la elaboración del derecho internacional general”¹⁷.

Por su parte, Pastor Ridruejo sostiene que la mayor importancia relativa de los tratados como fuente parecería que hubiera estimulado a la costumbre e impulsado su renovación¹⁸.

¹⁴ Fallos de la Corte Suprema de la Nación, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio y asociación ilícita* (Buenos Aires, 2005), 328: 341.

¹⁵ Fallos de la Corte Suprema de la Nación, *Priebke, Erich s/solicitud de extradición* (Buenos Aires, 1995), 318: 2308.

¹⁶ Fallos de la Corte Suprema de la Nación, *Lariz Iriondo, Jesús M. s/solicitud de extradición* (Buenos Aires, 2005), 328: 1268.

¹⁷ REMIRO BROTONS, ANTONIO, *et. al. Derecho Internacional*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 502.

¹⁸ PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional...*, *op.cit.*, p. 67.

2.2. La jerarquía de los tratados internacionales

La otra fuente indiscutible del derecho internacional es la convencional, cuya importancia hoy es superlativa dada la abundante generación de normas surgidas de esta fuente.

Cada uno de los Estados del mundo se encuentra vinculado por infinidad de tratados. El complejo entramado de normas convencionales (con sus superposiciones, reservas e instrumentos complementarios) dificulta el conocimiento y aplicación interna del derecho internacional. Esto no sólo por la falta –muchas veces– de una adecuada publicación que permita conocer sus términos, su vigencia y las reservas de que ha sido objeto, sino también porque su aplicación presupone el conocimiento de las reglas jurídicas internacionales y conceptos de ese especial sistema jurídico en el que se contextualizan dichos tratados.

Estas tan complejas relaciones han dado lugar a “ríos de tinta” y debates. Desde la tradicional guerra de religión entre el monismo y el dualismo, hasta las actuales teorías centradas en los particularismos. Ello lleva a plantear el siguiente interrogante: ¿es factible la elaboración de una teoría general en la problemática o sólo es posible alcanzar conocimientos particulares de estas relaciones tan diferentes y dinámicas?

La cuestión puede ser abordada desde muy diversos ángulos, v.g. desde el procedimiento de adaptación, si es automático, ordinario o especial, si realmente existen las llamadas normas *self executing* o no; o desde el rango o jerarquía que adquieren las normas internacionales en los derechos nacionales o, en su caso, en el ámbito jurídico internacional.

En Argentina, en un primer momento, la jurisprudencia entendió que los tratados y las leyes tenían igual jerarquía¹⁹, tal posición encontraba su fundamento en la interpretación del art. 31 de la Constitución Nacional (1853), dando como consecuencia que una ley posterior podía derogar un tratado aprobado por una ley anterior (*Martin S.A.*)²⁰.

Con posterioridad, y aún antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte Nacional reconoció –aunque tangencialmente–, en el caso *Ekmekdjian*, relativo a derechos humanos (derecho de réplica), que los tratados son superiores a las leyes por distintas razones: que el acto de aprobación de un tratado es un acto complejo federal; que se encuentra vigente en el derecho interno la Convención de Viena sobre Derecho de los

¹⁹ Tal como lo afirma Calixto Armas Barea, con cita de Jiménez de Aréchaga, no debe confundirse la controversia sobre la separación o no entre los dos órdenes jurídicos con la problemática de la jerarquía. ARMAS BAREA, CALIXTO. “Derecho Internacional Público y Derecho Interno: nuevo criterio de la Corte Suprema Argentina”. *Derecho Internacional en un Mundo en Transformación*. Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1994, pp. 141-164.

²⁰ Fallos de la Corte Suprema de la Nación, *Martín y Cía. Ltda. c/ Administración General de Puertos s/repeticón de pago* (Buenos Aires, 1963), 257: 99.

Tratados que en su art. 27 establece que no puede invocarse el derecho interno para no cumplir con las obligaciones internacionales; que a diferencia de la ley, un tratado es un acto bi o multilateral; que es necesario prevenir la responsabilidad internacional del Estado argentino (apartándose con ello de la tradición jurisprudencial que sostenía que dicha responsabilidad era un cuestión ajena a los tribunales internos), entre otros fundamentos²¹.

Luego, la reforma constitucional de 1994 estableció que los tratados son supralegales (art. 75 inc. 22 primera parte), con lo cual, y en principio, vino a adoptar una solución clara al respecto, derivándose de ello además que la ley dictada por el Congreso podría considerarse una mera autorización al Poder Ejecutivo para la ratificación del tratado internacional, cuya manifestación del consentimiento resulta de un acto complejo federal.

Pero además, la reforma constitucional mencionada le otorgó jerarquía constitucional a determinados tratados referidos a la materia de derechos humanos. En este aspecto se presentaron algunas problemáticas como la incorporación de dos declaraciones (que no son tratados), o el alcance que cabe otorgarle a la expresión “en las condiciones de su vigencia”. Por su parte, también debe considerarse que estos tratados no forman parte de la Constitución pero se aplican como si fueran la Constitución misma. Y concretamente a nivel jurisprudencial, se debatió la complementariedad de estos tratados con la primera parte de la Constitución. Lo que en un principio se pensó constituía una hipótesis de laboratorio, luego adquirió realidad en varios conflictos que se plantearon ante la Corte Nacional. Y con ello surgió la necesidad de determinar quién realiza el juicio de compatibilidad: la Convención Constituyente al momento de sancionar la reforma o debería realizarlo la Corte en cada caso concreto. La complejidad y riqueza de su análisis excede largamente este trabajo (*cf.* casos *Monges*²² y *Petric*²³, entre otros).

La supremacía reseñada en los párrafos anteriores tiene, sin embargo, un límite establecido en la propia Constitución, donde su art. 27 prescribe que los tratados internacionales no pueden ser contrarios a los principios de derecho público que surgen de la propia Norma Fundamental. La misma Corte ha considerado que los principios que resguarda esta norma de nuestra Carta Magna también se hallan asegurados en la Convención de Viena de Derecho de los Tratados en su art. 46 (voto separado del Dr. Antonio Boggiano, en *Cafés La Virginia*)²⁴. Este límite genera no pocos problemas

²¹ Fallos de la Corte Suprema de la Nación, *Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros* (Buenos Aires, 1992), 315: 1492.

²² Fallos de la Corte Suprema de la Nación, *Monges, Analía M. c/ UBA* (Buenos Aires, 1996), 319: 3148.

²³ Fallos de la Corte Suprema de la Nación, *Petric, Domagoj Antonio c/ Diario Página 12* (Buenos Aires, 1996), 321: 885.

²⁴ Fallos de la Corte Suprema de la Nación, *Cafés La Virginia SA apelación por denegación de repetición* (Buenos Aires, 1994), 317: 1282.

de aplicación: ¿cuál es el alcance que cabe otorgar a estos principios?, o ¿con qué alcance podría el Estado ampararse en ellos para incumplir una obligación internacional?

Para concluir, y tan sólo habiendo esbozado la problemática, es posible afirmar que aún no se ha logrado dimensionar el profundo impacto del derecho internacional convencional en los sistemas jurídicos internos de los distintos Estados que componen la comunidad internacional, y sin duda no se ha dimensionado en nuestro ordenamiento jurídico en particular, y no se han agotado las distintas aristas que presenta el problema y menos aún se han proyectado soluciones de política legislativa en su consecuencia.

2.3. La identificación de los principios generales del derecho

Los principios generales del derecho son, como fuente del derecho internacional, la que quizás presenta mayores contactos entre ambos sistemas y al mismo tiempo la que ha recibido menor atención tanto por la doctrina como por la aplicación jurisprudencial debido a sus contornos imprecisos.

Barberis sostiene que los principios generales del derecho como norma creada deben ser distinguidos claramente de los principios generales del derecho internacional. Estos últimos son las normas fundamentales del derecho de gentes y tienen un origen consuetudinario, por ejemplo la libertad de los mares, la independencia de los Estados, entre otros²⁵.

Para el autor, los principios generales del derecho a que refiere la fuente internacional son aquellos provenientes de los diversos órdenes jurídicos internos susceptibles de pasar a integrar el ordenamiento internacional.

Sin embargo, algunos autores consideran dentro de la fuente no sólo a los que provienen del derecho positivo interno sino también a los que constituyen una aplicación de la idea de justicia.

Así, en el *Asunto Estrecho de Corfú* (1949), Gran Bretaña reclamaba que se declarara a Albania culpable por haber sembrado un campo de minas en sus aguas territoriales sin haber dado aviso previo, lo cual había sido causa de serios perjuicios a buques británicos. La Corte sostuvo que Albania había estado obligada a hacer conocer la existencia del campo de minas en el interés general de la navegación por la existencia de principios generales fundados en consideraciones elementales de humanidad²⁶.

²⁵ BARBERIS, Julio. *Fuentes del Derecho Internacional*. La Plata, Editora Platense, 1973, 268 p.

²⁶ CIJ (1949). *Asunto relativo al Estrecho de Corfú* (Reino Unido c. Albania).

Asimismo, en la *Opinión consultiva referida a las reservas a la Convención sobre Genocidio* (1951) se entendió que la resolución de la Asamblea General que dio origen a la Convención califica al delito de genocidio como una negación del derecho que es contraria a la ley moral, y ello es un principio reconocido por las naciones civilizadas²⁷.

Quizás el voto disidente del juez Tanaka en la sentencia del Suroeste Africano es el más rico en cuanto al análisis y consideración de esta fuente. En efecto, el juez japonés argumenta que la aplicación del apartheid constituye un acto antijurídico internacional porque viola un principio general de derecho que prohíbe a los Estados hacer discriminaciones por razón de la raza, por supuesto entre otras normas. De la opinión se puede extraer que existen principios generales de derecho positivo reconocidos por los diferentes Estados y otros que, independientemente del reconocimiento por parte de los órdenes jurídicos internos, hacen a la naturaleza humana. Ambos tipos de principios forman parte de la fuente enunciada en el art. 38-I c) del estatuto de la CIJ.

Distintos tribunales internacionales se han referido a los principios. Por ejemplo, el Tribunal Permanente de Arbitraje en 1912, en el *Asunto relativo a las indemnizaciones de la Guerra de Turquía*, refirió a los principios de indemnización por actos ilícitos y condenó el enriquecimiento ilícito. A su vez, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), en el *Asunto relativo a la Alta Silesia Polaca* (1925)²⁸ y en el *Asunto de la fábrica de Chorzow* (1928)²⁹, ha hecho referencia a la obligación de reparar, pues el tribunal observa que es un principio de derecho internacional o incluso una concepción general del derecho que toda violación de un compromiso implica la obligación de reparar. Y la CIJ, también en la *Opinión consultiva sobre las sentencias del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas* (1954), expresó que es un principio de derecho generalmente reconocido que las sentencias de un cuerpo judicial constituyen *res iudicata* obligatoria para las partes, y en el caso presentado siendo la Asamblea General un órgano de Naciones Unidas está obligada a cumplir la sentencia y debe pagar la indemnización correspondiente³⁰; y en el *Asunto relativo a Namibia* (1966) ha hecho referencia a la *exceptio non adimpleti contractus*³¹.

En el ámbito del Derecho Penal Internacional, el recurso a los principios cobró auge de la mano de los tribunales penales creados por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas³².

²⁷ CIJ (1951). *Opinión consultiva referida a las reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*.

²⁸ CPJI (1925). *Asunto intereses alemanes en la Alta Silesia Polaca* (objeciones preliminares), Serie A, N° 6.

²⁹ CPJI (1928). *Asunto de la fábrica de Chorzow*, Serie A, N° 17, p. 19.

³⁰ CIJ (1954). *Opinión consultiva sobre el efecto de las sentencias indemnizatorias del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas*.

³¹ CIJ (1966). *Asunto relativo a Namibia* (Etiopía y Liberia v. Unión Sudafricana).

³² REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional...*, *op.cit.*, p. 517. El autor remarca que la doctrina soviética fue

Asimismo, Zlata Drnas de Clement señala que no hay consenso en la doctrina en lo que hace a la distinción entre principios generales del derecho internacional y principios generales del derecho³³.

En la jurisprudencia interna, en el caso *Priebke*, el juez Bossert, con cita de lo argumentado por el Procurador, expresa en la medida que la comisión de los hechos que se le imputaban al acusado afectaba a la humanidad en su conjunto y a las normas del derecho de gentes, quedaba involucrado *el principio de inexorabilidad de su juzgamiento del que se deriva como corolario lógico el de su imprescriptibilidad*.

En el caso *Arancibia Clavel* (2005), el juez Maqueda observa 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.

En estas aplicaciones jurisprudenciales internas parecería que se hace referencia a los principios como una aplicación de la idea de justicia más allá de la existencia de su positivización o no. Ello seguiría la misma línea abierta hace ya tiempo por la Corte Internacional.

2.4. *El valor de la jurisprudencia en el sistema de fuentes*

El art. 38 del Estatuto menciona, luego de las tres fuentes analizadas en los puntos anteriores, a las decisiones judiciales y a la doctrina como medios auxiliares para la determinación de las reglas del derecho.

Si bien la doctrina ha sido citada por la jurisprudencia nacional³⁴ e internacional, no ha suscitado el debate teórico que ha provocado la jurisprudencia.

Una de las cuestiones en debate y sobre la que la doctrina se divide, es precisamente el de si la jurisprudencia constituye una fuente autónoma de derecho o es una fuente subsidiaria o bien un mero medio auxiliar para verificar e interpretar una fuente autónoma.

incisiva en su momento en sus críticas por estimar que resultaba imposible la existencia de principios comunes al sistema capitalista y socialista.

³³ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. *Los principios generales del derecho internacional como base del orden público internacional*. Córdoba, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 2013, p. 2; donde la autora comenta la apreciación de Ian Brownlie, quien destaca explícitamente que lo que resulta claro es lo inapropiado de una categorización rígida de las fuentes, *vid.* BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*, 6ª edición. New York, Oxford University Press, 2003, pp. 18-19.

³⁴ Corte Suprema de la Nación, *Caso Massera, Emilio*, sentencia de 15.04.2004; *Caso Arancibia Clavel, Enrique*, sentencia de 24.08.2004.

Para un sector de la doctrina, la jurisprudencia es un medio auxiliar, de verificación normativa. Argumentan que el mismo art. 38 estatuye como límite el art. 59 que establece que las sentencias de la Corte sólo son obligatorias y referidas al caso concreto. En este sentido, las decisiones judiciales no son por sí mismas normas jurídicas internacionales, sino la prueba fehaciente y directa de la existencia de una norma jurídica preexistente. Ello encontraría fundamento en el texto expreso del Estatuto, en la integración normativa de los arts. 38 y 59 del mismo³⁵.

Otros autores sostienen que la jurisprudencia es una fuente subsidiaria. En principio, si bien ello no encontraría fundamento en el texto expreso del Estatuto, sí podría derivarse de la norma expresa de otros estatutos o regímenes especiales como el de la Corte Penal Internacional (art. 21.2).

Finalmente, para quienes consideran a la jurisprudencia como fuente autónoma, la sentencia es un acto unilateral que se distingue de otros por el procedimiento de creación y por el órgano que lo realiza³⁶.

En algunos casos, la Corte ha recurrido a la jurisprudencia de otros tribunales.

La Corte se ha basado en la práctica jurisprudencial para resolver el *Asunto de Groenlandia Oriental*. La Corte admite que la decisión de otros tribunales internacionales puede dar lugar a normas consuetudinarias. La Corte no recurre a sentencias individuales sino que invoca una práctica jurisprudencial³⁷.

Por otro lado, la Corte se ha mostrado preocupada por afirmar la unidad y coherencia de su jurisprudencia. Por ello se ha citado permanentemente a sí misma.

Todo ello ha adquirido una fisonomía particular en la actualidad donde la Corte no es la única integrante del espectro judicial internacional, lo que la ha llevado en algunos casos a que cite con mayor frecuencia a tribunales especializados en determinada materia internacional y en otros ha estado obligada a aclarar conceptos de otros tribunales.

Así, en el *Asunto de las actividades militares en y contra Nicaragua* (1986), la Corte encontró que las actividades de los Contras no podían ser atribuidas a EEUU, por cuanto no se había demostrado un control efectivo de ese Estado sobre las tropas irregulares³⁸.

³⁵ REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional...*, op.cit., p. 520.

³⁶ Pastor Ridruejo señala que entre las opiniones que consideran a la jurisprudencia como fuente autónoma se encuentra SCHELLE (*Cours de Droit International Public*, París, 1948, p. 596); habiendo también quienes, con ideas similares, califican a la jurisprudencia como costumbre internacional, como GIRAUD ("Le Droit International Public et la Politique", en *Recueil des Cours*, III, vol. 110, La Haya, 1963), vid. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional...*, op.cit., pp. 82-83.

³⁷ CPJI (1933). *Asunto de Groenlandia Oriental* (Dinamarca c. Noruega).

³⁸ CIJ (1986). *Asunto de las actividades militares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos).

Una década más tarde, para determinar si la guerra en Bosnia Herzegovina se trataba de un conflicto internacional, el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia adoptó un estándar mucho más estricto de control global, asumiendo que los actos perpetrados por los serbios de Bosnia podían dar lugar a la responsabilidad del Estado de Yugoslavia (Serbia) en base al control global ejercido por Belgrado, sin necesidad de probar que cada operación en la que se violaba el derecho internacional fuera llevado a cabo por instrucción de Yugoslavia o bajo su control efectivo. Por ello, en el *Asunto del genocidio de Bosnia Herzegovina*, la Corte explicó cómo dos cortes pueden analizar la misma cuestión y encontrarla distinta, y determinó que el tribunal penal no fue convocado para pronunciarse sobre la responsabilidad de los Estados puesto que su jurisdicción es de naturaleza penal, concluyendo que el criterio del control global es inadecuado porque estira demasiado, casi hasta romperlo, el vínculo que debe existir entre el comportamiento de los órganos del Estado y la responsabilidad internacional de este último.

Es decir, que al ya complejo debate acerca del valor de la jurisprudencia en sí mismo, se une el de la fragmentación institucional del derecho internacional con no pocas consecuencias en este particular sistema jurídico de estructura descentralizada y ausencia de jerarquías preestablecidas.

La Corte Nacional ha hecho referencia en reiteradas oportunidades a las decisiones de diferentes tribunales internacionales, aunque quizás la mayor de las veces a las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así, en el caso *Viaña* (1995) 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 Humanos³⁹. Con posterioridad, en voto separado algunos magistrados expresaron que la jurisprudencia de los órganos instituidos en el ámbito internacional con competencia para la aplicación e interpretación de los instrumentos internacionales debe servir de guía para la interpretación de dichos instrumentos (caso *Nardelli*, 1996)⁴⁰.

De estos ejemplos podría deducirse que la jurisprudencia internacional para el órgano judicial interno cumple una función de medio auxiliar, a fin de interpretar la fuente convencional que determina la competencia material del órgano judicial internacional.

Sin embargo, con posterioridad la Corte parecería haber profundizado el valor asignado a la jurisprudencia internacional, al menos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el caso *Videla* (2003) ha expresado que a partir de lo resuelto por la Cor-

³⁹ Fallos de la Corte Suprema de la Nación, *Viaña, Roberto s/hábeas corpus a favor del ciudadano Pablo Calvetti* (Buenos Aires, 1995), 318: 2348.

⁴⁰ Fallos de la Corte Suprema de la Nación, *Nardelli, Pietro Antonio s/extradición* (Buenos Aires, 1996), 319: 2557.

te Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos* (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 Rafael Videla. En el caso *Barrios Altos* mencionado, la Corte Interamericana dio efectos generales a la sentencia de fondo en cuanto declaró la incompatibilidad de las leyes de amnistía dictadas por Perú con la Convención Americana.

Ello se ha reiterado en el caso *Hagelin* (2003) y en el caso *Arancibia Clavel* (2005) en que el Tribunal interno además expresa que a partir del fallo (refiriéndose a *Barrios Altos*) quedó claramente establecido el deber del Estado de estructurar el aparato gubernamental de manera que sea capaz de asegurar la vigencia de los derechos humanos en todo el territorio, y 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.

Además en el caso *Simón*, el Dr. Boggiano en voto separado agrega que la jerarquía constitucional de tales tratados ha sido establecida por el constituyente en las condiciones de su vigencia, esto es, tal como rigen en el ámbito internacional y considerando su efectiva aplicación por los tribunales competentes para su interpretación y aplicación.

Algunos autores critican estas menciones a la jurisprudencia internacional por parte del Máximo Tribunal interno. Sostienen que no se respeta el alcance de la jurisprudencia internacional tal como es definida en el ámbito jurídico internacional.

Es cierto que el tribunal nacional quizás no realiza una apreciación exhaustiva del tema. Sin embargo, de acuerdo a lo reseñado, en el mismo derecho internacional actual se debate el alcance que corresponde darle a la jurisprudencia en el sistema de fuentes, lo que no hace más que transparentar la ausencia de un esquema teórico que dé hoy cuenta de las mutaciones en la producción normativa internacional o al menos del desconcierto en el esquema teórico.

3. Las fuentes no enumeradas: creatividad y desafíos

3.1. Los actos jurídicos unilaterales de los Estados: práctica y conocimiento

El concepto de acto unilateral no tiene un sentido unívoco. Su definición trae aparejado numerosos problemas. Existen una variedad de comportamientos de los Estados que podrían entenderse incluidos en la fuente, sin embargo es necesario establecer cuidadosamente cuáles de esos comportamientos son susceptibles de obligar a un Estado en forma unilateral.

Es indudable la dificultad del tema pero también su utilidad para un mejor ordenamiento de la responsabilidad internacional.

La Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas incluyó en su agenda la codificación de lo referido a los actos unilaterales de los Estados en el año 1996.

El proyecto en principio definió el acto unilateral y en el 58° período de sesiones (2006) analizó la propuesta de una serie de principios rectores sobre los que parecería existir acuerdo.

Uno de los mayores campos de aplicación de esta categoría de actos lo constituyen las reclamaciones territoriales entre los Estados.

La Corte Internacional de Justicia debió referirse a ellos en varias oportunidades. En cuanto a la forma, en el *Asunto de los ensayos nucleares* (1974) afirmó que la forma no es decisiva⁴¹; y en el *Caso del estatuto jurídico de Groenlandia Oriental* (1933) se consideró la naturaleza obligatoria de la declaración verbal realizada por el Ministro de Relaciones Exteriores noruego⁴². En cuanto a la interpretación expresó que debe ser razonable y de acuerdo con el derecho existente (*Asunto derecho de paso por territorio indio*, 1960; y *Caso Anglo Irani Oil Co.*, 1952). Respecto a la capacidad, en el *Caso de los ensayos nucleares* entendió que las declaraciones de un Presidente de Estado obligan a éste habida cuenta de sus funciones; entre otras cuestiones.

Por otra parte, la Corte también se vio compelida a aclarar las nociones y aplicabilidad de aquiescencia y *estoppel* como aspectos diferentes de una misma institución: la doctrina de la oponibilidad de los actos propios, estrechamente vinculada a los actos jurídicos unilaterales. La Corte consideró que ambos derivan de los principios fundamentales de buena fe y equidad, pero proceden de razonamientos diferentes: la aquiescencia equivale a un reconocimiento tácito, manifestado mediante un comportamiento unilateral que la otra parte puede interpretar como un consentimiento; y el *estoppel*, a su vez, está vinculado a la idea de los propios actos.

Las disquisiciones conceptuales de esta fuente en el derecho internacional están lejos de concluir, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial⁴³.

Un análisis de ello en el derecho interno debería partir de la consideración de la Constitución Nacional y de la Ley de Servicio Exterior, atento que quienes pueden realizar este tipo de actos considerados *stricto sensu* son aquellos funcionarios que pueden obligar al Estado internacionalmente.

⁴¹ CIJ (1974). *Asunto de los ensayos nucleares* (Australia c. Francia).

⁴² CPJI (1933). *Asunto de Groenlandia Oriental* (Dinamarca c. Noruega).

⁴³ REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional...*, *op.cit.*, p. 295.

En general parecería tratarse de un ámbito desconocido a nivel interno en el que la práctica es constante pero poco conocida y analizada⁴⁴.

3.2. El desafío teórico de la producción normativa de las Organizaciones Internacionales

Como una derivación de la fuente convencional pero adquiriendo autonomía, también encontramos en el Derecho Internacional Contemporáneo las resoluciones de las Organizaciones Internacionales como una nueva fuente de producción normativa.

La institucionalización de la comunidad internacional es un proceso que no impugna la estructura predominantemente interestatal del derecho internacional, ya que las organizaciones internacionales son instrumentos de los Estados.

Uno de los ejes donde confluyen y se manifiestan las tensiones de la cooperación institucionalizada, de la dialéctica entre Estados y organizaciones internacionales, es la posibilidad de que estas últimas puedan adoptar decisiones obligatorias. Las decisiones de las organizaciones internacionales son –en determinadas circunstancias– posible fuente de obligaciones, y siendo creadas en un ordenamiento jurídico (el internacional) pueden estar destinadas a ser aplicadas en otro (el interno).

3.2.1. Un estudio profundo de esta problemática debería llevar no sólo a describir el fenómeno jurídico de recepción de las decisiones, sino también a tratar de prescribir algunas consideraciones de política legislativa sobre determinados aspectos del tema⁴⁵. Es necesario aportar soluciones que eliminen la ambigüedad y la incertidumbre del derecho, que proporcionen en definitiva previsibilidad.

En el ámbito de las competencias que le han sido atribuidas por los Estados miembros a través de los tratados constitutivos, y de acuerdo con los procedimientos establecidos, todas las organizaciones tienen la facultad de expresar, mediante determinados actos de sus órganos, una voluntad propia, jurídicamente distinta de los Estados que la componen.

Existen sin duda muchas clasificaciones posibles, todas ellas igualmente válidas. Tomando la clasificación propuesta por Remiro Brotóns⁴⁶, se dice que existen resoluciones que

⁴⁴ *Realidad Jurídica*. Vol. 7, N° 1, 2006. [en línea] <www.realidadjuridica.uabc.mx/realidad> [consulta: 10 de junio de 2015].

⁴⁵ Es lo que, respecto del ordenamiento jurídico español, ha intentado Ángel Rodrigo Hernández.

⁴⁶ REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional...*, *op.cit.*, p. 225 y ss.

atienden al funcionamiento interno de la organización, y otras al desarrollo material o sustancial de las competencias para las que fue creada la organización.

Estas últimas son las llamadas resoluciones externas y su mayor complejidad estriba en desentrañar la posibilidad de que sean obligatorias. Pero aún más, los efectos jurídicos vinculantes pueden ser diversos.

En el ámbito de las Organizaciones Internacionales con fines generales, el otorgamiento de capacidad a sus órganos para dictar resoluciones obligatorias resulta excepcional. Entre las excepciones ubicamos precisamente a las competencias reconocidas al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y seguridad internacional (art. 25 de la Carta de la ONU). La Corte Internacional de Justicia reafirmó en el *Asunto relativo a las consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia de África del Sur en Namibia* (1971), la potestad del Consejo de adoptar decisiones obligatorias dentro y fuera del Capítulo VII de la Carta.

Una de las consecuencias más significativas y que motiva el interés de los estudiosos del derecho, es la de los controles jurídicos adecuados para verificar la conformidad de los actos de la organización con los preceptos que le sirven de fundamento. Se podría afirmar que en el ámbito de Naciones Unidas, la Corte no fue concebida para un control de legalidad o constitucionalidad. Sin embargo, la Corte ha establecido el criterio de declararse competente para examinar la regularidad constitucional de las resoluciones en asuntos en que no ha sido directamente invitada a hacerlo, si lo ha estimado necesario para responder a la cuestión planteada. Pero ello sólo es jurídicamente posible a través de opiniones consultivas, que no son obligatorias en sí mismas, más allá de la fuerza que se le pueda conceder en la práctica.

Al abordar este tema, Remiro Brotóns concluye que la falta de un control judicial capaz de declarar la nulidad de las resoluciones viciadas de inconstitucionalidad agudiza la inevitable politización del conflicto y provoca la crisis en la cooperación multilateral institucionalizada.

En el actual contexto internacional, ya referido en el punto 1, sería deseable (¿y posible?) que la Corte pudiera revisar la constitucionalidad de las resoluciones obligatorias del Consejo de Seguridad, lo que podría considerarse –en su caso– una medida necesaria más, entre otras, como el fortalecimiento del rol de la Asamblea General.

3.2.2. Existe un área donde el tema adquiere especial significación para el derecho interno argentino, esto es en materia de derechos humanos.

La pregunta más frecuente es quizás si los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes o no. El tema es ríspido, ya que dicho órgano no es jurisdiccional ni emite en consecuencia sentencias.

La Corte Argentina en los casos *Giroldi*⁴⁷ y *Bramajo*⁴⁸ sostuvo que las resoluciones de la Comisión debían servir de guía para la interpretación de los tratados.

Pero luego, a partir del caso *Acosta*⁴⁹ hizo algunos cambios que se potenciaron en el caso *Fellicetti*⁵⁰. En *Acosta* sostuvo que los informes de la Comisión no son vinculantes para el Poder Judicial y que los organismos internacionales no son otra instancia respecto de los tribunales argentinos. Y en el caso *Fellicetti* agregó que las recomendaciones de la Comisión son para el futuro.

La cuestión adquiere una especial relevancia cuando se trata de medidas cautelares dispuestas por la Comisión. Las medidas cautelares en particular han sido objeto de cuestionamientos por parte de los Estados partícipes del sistema interamericano de derechos humanos.

El primer cuestionamiento, y quizás el que suscita mayor debate, gira en torno a su obligatoriedad. Se afirma que las medidas no forman parte de las facultades otorgadas a la Comisión por la Convención, por lo que su cumplimiento no es obligatorio.

Lo que se encuentra en discusión, en definitiva, es la fuente normativa de las medidas cautelares, luego su naturaleza y efectos. También ello podría llevar a la rediscusión sobre las funciones y la competencia de la Comisión.

Es cierto que la Convención no trae ninguna norma específica que establezca estas medidas, pero también lo es que no trae una norma específica que las prohíba.

Al presentarse esta vacío convencional, ¿sería posible integrarlo a través del análisis de las facultades que surgen de la competencia de la Comisión?, y en caso afirmativo, ¿quién realiza el control de legalidad de las mismas?, y ¿cuál es el procedimiento aplicable?

En un tiempo, la doctrina se enfrascó en una discusión sobre la naturaleza jurídica de las resoluciones (entendiendo el término como expresión genérica de actos⁵¹) de las

⁴⁷ Fallos de la Corte Suprema de la Nación, *Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación* (Buenos Aires, 1995), 315: 514.

⁴⁸ Fallos de la Corte Suprema de la Nación, *Bramajo, Hernán Javier s/incidente de excarcelación* (Buenos Aires, 1996), 319: 1840.

⁴⁹ Fallos de la Corte Suprema de la Nación, *Acosta, Claudia Beatriz y otros s/hábeas corpus* (Buenos Aires, 1998), 321: 3555.

⁵⁰ Fallos de la Corte Suprema de la Nación, *Fellicetti, Roberto y otros (La Tablada)*, Buenos Aires, 2000, 323: 4130.

⁵¹ El poder normativo ejercido por cada uno de los órganos adopta en la práctica una terminología variada. Así,

Organización Internacionales en las diferentes formas de sus órganos y manifestaciones. La discusión no fue sólo teórica.

En el afán de justificar el efecto expansivo de algunas de estas decisiones no obligatorias, la doctrina encasilló el fenómeno dentro de una de las fuentes tradicionales, la costumbre internacional. ¿Es ello suficiente?, ¿cuál es su fuerza legitimante?, ¿quién realiza su control?, éstos son algunos de los interrogantes que la problemática presenta en la actualidad.

El Informe del Comité Jurídico Interamericano “Fortalecimiento del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos”, por Resolución 792 (LXXX-0/12) del 09 de marzo de 2012, en el anexo en sus comentarios preliminares en una cuidadosa redacción reafirma el compromiso de los órganos del sistema por brindar un debido proceso, con plenas garantías a las partes involucradas en él, con transparencia, previsibilidad y actuación ajustada a los límites que le imponen la Convención Americana de Derechos Humanos, sus estatutos y reglamentos, como también que los Estados americanos cumplan con las obligaciones que les imponen estos mismos instrumentos, así como las decisiones dictadas por estos órganos con carácter vinculante. No parecería surgir de estas afirmaciones un posicionamiento categórico.

La decisión crítica es la de determinar el grado de intervención que se pretende del sistema sobre los márgenes de autonomía estatal.

Ello lógicamente tendrá consecuencias sobre la obligatoriedad de las resoluciones de los órganos del sistema y por tanto impactará con sus aportes en la construcción teórica de las fuentes del derecho.

4. Conclusiones: ¿Una nueva juridicidad en construcción?

La globalización es un tema recurrente en la agenda contemporánea. Se trata de un fenómeno complejo con profundas implicancias en las más variadas áreas de conocimiento y en los más diversos sectores de la vida social.

¿Cuál es el impacto de la globalización en el ámbito del derecho?, ¿es quizás la relativización de principios y categorías como soberanía, legalidad y jerarquía normativa?

Quizás el principal impacto sea que la tradicional concepción del derecho como un sistema básicamente cerrado, unitario, completo y sin lagunas, haya sido progresivamente

recomendaciones, dictámenes, resoluciones, directivas, declaraciones, votos, estándares, reglamentos, etc.

sustituido por la de un derecho organizado en redes⁵². Y por tal razón este ordenamiento exige un trabajo interpretativo continuo.

Estas transformaciones contemporáneas han hecho que los teóricos se planteen el desafío de afrontar cuestiones conceptuales como eficacia y legitimidad.

En esta globalización, el derecho internacional es revalorizado. En especial el Derecho Internacional Público, por sus técnicas legislativas orientadas a la composición de los intereses, a la garantía de la coexistencia y a estrategias de cooperación. Ello sin negar que muchas veces la revalorización obedece a políticas de dominación.

En este contexto, el profundo impacto del derecho internacional en los derechos internos, a través de sus distintas fuentes de producción normativa, genera la necesidad de afrontar el desafío conceptual de la eficacia y la legitimidad a partir del conocimiento de sus mutuas relaciones.

Desde esta mutua interferencia es imprescindible dividir las ópticas y enfatizar lo positivo de esta relación en tanto ha significado un avance histórico en la protección de determinados derechos. Sin embargo, expresar dudas en determinadas materias ha significado a veces la profundización de lo que se ha dado en llamar déficit democrático. Al decir de algunos autores, los peligros que acarrea la tentación y el propósito de lograr por vía del ordenamiento jurídico internacional los objetivos que la sociedad nacional no está dispuesta a autorizar dentro de la operación de sus estructuras democráticas.

La normatividad internacional hoy tiene formas muy diversas, manifestaciones más amplias y sofisticadas.

Las dudas que surgen de este complejo proceso de formación actual de las normas son muchas. Así, ¿se estaría asistiendo a la pérdida del poder monopólico del Estado en la creación de normas jurídicas internacionales?, ¿quiénes son los reemplazantes si es que existen? ¿dónde se formaría el consenso necesario para el funcionamiento de este sistema?, existan o no, ¿cuáles serían los criterios de legitimidad de las decisiones?, y ¿quién realiza el control de legalidad de las mismas?, ¿resultan útiles los esquemas tradicionales para continuar analizando las fuentes del derecho internacional?, ¿resultan suficientes los diseños constitucionales para dar cabida y control a nuevas formas de generación normativa internacional?, ¿cómo se accedería al conocimiento de estas reglas?

El presente trabajo propone sólo un punto de partida para este análisis. La premisa son las fuentes del derecho internacional, sus transformaciones y vicisitudes. Luego, su impacto interno.

⁵² FARIA, José Eduardo. *El derecho en la economía globalizada*. Madrid, Editorial Trotta, 2001, 288 p.

La problemática es interesante y de implicancias teóricas y prácticas, pues de no considerarse incluidas en las fuentes formales, carecen de controles interno e internacional y se dificulta el acceso a su conocimiento.

Para su estudio es preciso tener en cuenta que el consentimiento de los Estados ha sido siempre la piedra angular del derecho internacional, pues hace a la esencia del concepto de soberanía formal. El funcionamiento mismo del sistema supone la creación de normas a través del consentimiento de sus principales sujetos, los Estados. Ello es estructural. Y se trata por supuesto de una igualdad soberana formal.

Algunas de las nuevas formas de producción normativa pondrían en tela de juicio esa idea fundante del derecho internacional, la igualdad soberana de los Estados, ya que a veces esas nuevas manifestaciones poco tienen que ver con el consentimiento de los Estados⁵³. Ello obliga a indagar acerca de su idea fuerza legitimante, lo que obliga también necesariamente a pensar en el estado de derecho en el ámbito jurídico internacional.

⁵³ Los análisis doctrinarios no son pacíficos. Así, a título de ejemplo, Mónica Pinto sostiene que resulta difícil referirse a las nuevas fuentes del derecho internacional. En rigor no cabe, agrega, ir más allá de la necesidad de una aprobación, expresa o tácita, para la generación de pautas o conductas mutuamente aceptables. Y concluye que la soberanía está siendo reformulada, ni acotada ni ensanchada, sólo actualizada. El Estado, según lo postula, sigue siendo la unidad de medida en el escenario internacional actual. PINTO, Mónica. *Las fuentes del Derecho Internacional en la era de la Globalización*. Buenos Aires, Eudeba, 2009, p. 30.