

Julio Barboza

**DERECHO
INTERNACIONAL
PUBLICO**

ZAVALLIA

Editor



DERECHO

KZ 3400
• B37
A33

ITL

EIZME/52251

© Copyright 1999, by Víctor P. de Zavalía S.A.
© Copyright 2003, by Víctor P. de Zavalía S.A.
Alberti 835, C1223AAG Ciudad de Buenos Aires
Reimpresión inalterada

S=987422

Diseño de tapa: Gustavo Pedroza
Corrección: Inés Oliveira
Realización: Silvana Ferraro
Impreso en la Argentina
Queda hecho el depósito que indica la ley 11.723

ISBN: 950-572-477-2

"A Laurit...sa"



El Comité Nacional para el seguimiento del programa del Decenio de las Naciones Unidas para el desarrollo considera que el presente libro, producido durante dicho Decenio, es una contribución hecha en su marco.

Prólogo

||
D-206817

Escribir, en nuestros días, un libro de enseñanza del derecho internacional es una tarea mayúscula. El *derecho de gentes* está en plena ebullición; un grupo considerable de organismos, tanto de las Naciones Unidas como privados, proponen constantemente cuerpos normativos que reclaman las crecientes necesidades de la comunidad internacional. Con esos materiales, los tratados que adoptan las conferencias codificadoras crean una urdimbre normativa y sobre ella —y a su lado, sobre otros textos—, la llamada “nueva costumbre” teje incansable una verdadera tela de araña. La creación consuetudinaria, que es el método más antiguo y típico de nuestra disciplina, nos sorprende hoy al reconquistar el lugar de privilegio que tuvo antes de la ola codificatoria.

Complejidad, dinamismo, cambio, todo eso hace difícil la epopeya de abarcar el derecho de gentes en un libro de enseñanza. Fue así como, a poco más de recorrer la mitad del camino, sentí la necesidad de aceptar la ayuda de colaboradores —y verdaderos amigos— que me prestan su concurso en la cátedra y varios capítulos del libro vieron la luz con sus aportes. Quedé con ellos en que la responsabilidad por lo que se publica es mía y por ende, en que me reservaba el derecho de modificar la base recibida, de forma que mantuviese el estilo general del texto y se adaptase a mis propias concepciones sobre el derecho internacional y sobre lo que un libro de enseñanza debe ser. Generosamente aceptaron la propuesta y me complazco ahora en individualizar las contribuciones hechas. En el capítulo 5 (El derecho internacional público y el derecho

D-206817 ||

interno argentino) y en el 16 (Inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus bienes), Mariano García Rubio; en el 13 (El arreglo pacífico de las controversias) Alberto Vázquez Ramos; en el 15 (Derecho diplomático), Juan Manuel Gramajo; en el 20, sección C, (Protección internacional del medio ambiente) Soledad Aguilar; en los dos capítulos de derecho del mar (21 y 22), Marta Vigevano; en el Capítulo 23 (Organizaciones internacionales) Gastón Manes; en el Capítulo 26 (Nacionalidad, extranjería, minorías, asilo, asistencia judicial) Paz García Ghirelli y en el Capítulo 27 (Protección internacional de los derechos humanos), Raúl Comelli.

Mención aparte merece el aporte del Embajador José García Ghirelli, en el Capítulo 24, referente a la OEA y al Mercosur, puesto que con él originalmente, hace ya bastantes años, habíamos decidido escribir este libro en conjunto. Cuando finalmente tuvo lugar el envío que produjo la obra, su destino diplomático en Filipinas le impidió dedicarse al trabajoso menester de escribir. No quiso, sin embargo, estar ausente de este emprendimiento y me alcanzó un texto que, desde luego, no me atreví a retocar.

A cada uno de ellos les agradezco de todo corazón la valiosa cooperación prestada y el gesto amistoso de su ayuda, que se renueva cotidianamente en la cátedra universitaria. También quiero agradecer a Victoria Sánchez y un pequeño grupo de jóvenes alumnos que en algún momento de la larga gestación del libro revisaron parte de las notas.

Espero que la presente contribución, al facilitar la enseñanza de algo de lo que aprendí, salde de alguna manera mi deuda con el sistema educativo argentino, al que debo mi formación básica. Enseñar y aprender son el anverso y el reverso de la misma moneda, un ciclo que se completa de generación en generación. Ahora me toca esta faz del proceso.

Primera parte: Introducción y conceptos generales

Capítulo 1

El Derecho Internacional Público

1. Concepto

Hay muchas definiciones, algunas diferentes de otras sólo en matices, del derecho internacional público (DIP).

Eric Suy considera que pueden agruparse en tres categorías:

- por sus destinatarios, ya que el DIP es el ordenamiento que regula las relaciones entre los Estados.
- por la sustancia, o sea por el carácter internacional de las relaciones reguladas.
- por la técnica de creación de las normas, esto es, por los procedimientos a través de los cuales las normas del derecho positivo son creadas.¹

Como nos lo advierte Pastor Ridruejo, las dos primeras importarían una superposición, porque definir por los sujetos-Estados y por las relaciones internacionales importa, en definitiva, remitirse en ambos casos a los Estados y dejar fuera del ordenamiento internacional a los individuos, lo que es imposible en nuestros días.² Con lo cual estamos de acuerdo, aunque habría que agregar que los organismos internacionales, igualmente sujetos del DIP, correrían igual peligro.

¹ Eric Suy, "Sur la définition du Droit des gens" en *RGDI*, octubre-diciembre 1960, p. 72.

² Pastor Ridruejo, *Curso de derecho internacional y de organizaciones internacionales*, sexta edición, Madrid, 1996, p. 6.

Acaso con el objeto de superar tales dificultades, se ha ensayado lo siguiente:

“Conjunto de normas jurídicas que reglan las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional”.³

La introducción del concepto de “comunidad internacional” nos parece acertado, aunque desde luego también sería menesteroso de una definición, cosa por cierto nada fácil si queremos tener en cuenta también a los individuos.⁴ Pero comunidad y derecho van siempre juntos, no existe el uno sin la otra y viceversa, una comunidad lo es en tanto y en cuanto tenga un derecho que la unifique. De forma, entonces, que como primera aproximación a nuestro estudio, es importante saber que el derecho de gentes no emana de una comunidad nacional, sino de la formada por los Estados.

Pastor Ridruejo, siguiendo a Miaja de la Muela, se inclina por una definición del DIP que se refiera a las fuentes formales de sus normas. En efecto, como veremos un poco más adelante, los procedimientos de formación de las normas, o sea sus fuentes formales certifican la pertenencia de dichas normas a un determinado orden jurídico.⁵

Así, una ley creada de acuerdo con el procedimiento que establece la Constitución argentina, o sea emanada del Congreso de nuestro país y promulgada por el Poder Ejecutivo, certificará que las normas que ella contiene pertenecen al ordenamiento jurídico argentino, del mismo modo que una norma emanada de un tratado o de una costumbre internacional han de pertenecer indudablemente al derecho internacional.

En lo personal, desconfiamos de las definiciones. De todos modos, es necesaria una primera aproximación al derecho de gentes, y para ello cabría decir que cualquier definición que se ensaye, y se han ensayado

³ Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez Posse, *Derecho internacional público*, T. I., p. 14, Buenos Aires, 1987.

⁴ Aunque definir al derecho internacional como un “conjunto de normas jurídicas” dejaría descontentas a importantes escuelas de pensamiento jusfilosófico, que creen que el derecho es más que la mera norma.

⁵ *Op. cit.*, pp. 47/48.

muchas, debería tener en cuenta, en primer lugar el género próximo y luego la diferencia específica.

El género próximo es el derecho, cualesquiera sean las concepciones que se alberguen sobre el objeto *derecho*. No vale la pena insistir ahora ni introducirnos en la antigua cuestión de si el DIP es, en realidad, un derecho.

Y la diferencia específica con el derecho interno surge de varios elementos, aunque principalmente de uno: que es el derecho de la comunidad internacional, a diferencia del derecho interno que lo es de una comunidad nacional. De ahí que sus normas sean creadas por procedimientos propios y bendecidos por dicha comunidad internacional, o sea a través de las fuentes propias de un orden descentralizado (básicamente costumbres y tratados).

Hay que tener en cuenta también que esa comunidad original de Estados que surgió de Westfalia —como veremos— estaba constituida exclusivamente por Estados, pero que evolucionó dándose instituciones (las organizaciones internacionales, también sujetos) y admitiendo en forma limitada al individuo. Y que los Estados continúan siendo su principal estamento. A partir de allí se tendrá una comprensión inicial de la materia que estamos estudiando, y eso es suficiente.

El derecho internacional suele también ser llamado en castellano *derecho de gentes* por la estrecha vinculación que mantuvo, en su origen, con el *jus gentium* romano (en francés, *droit des gens*, en alemán *volkrecht*). El nombre de *derecho internacional* le fue puesto por Jeremy Bentham en el siglo XIX y ha perdurado —no obstante sus defectos— hasta nuestros días.⁶

2. Sujetos

Los sujetos más importantes del DIP son los Estados soberanos, porque sólo ellos tienen capacidad plena en el derecho de gentes. Son tam-

⁶ En efecto, *internacional* es una alusión a las naciones, término que a veces se usa en la terminología jurídica anglosajona para referirse a los Estados. Un famoso manual de Brierly se titula *The Law of Nations* (El derecho de las naciones). Ya veremos las diferencias entre Estado y nación.

bién legiferantes —es decir, crean el derecho internacional a través de los tratados y la costumbre— y son al mismo tiempo agentes de ese derecho, puesto que tienen la facultad de hacerlo cumplir.

Otros sujetos son, como veremos, las organizaciones internacionales y en ciertos casos los individuos. Las organizaciones internacionales tienen capacidad limitada, entre otras cosas, por el objeto de su creación, determinado en su estatuto.

Respecto a su calidad de legiferantes, por su capacidad plena los Estados son creadores también *plenos* del DIP, esto es, son los que tienen la posibilidad de crear con su conducta las normas consuetudinarias y las normas que resultan de los tratados en cualquier campo del derecho de gentes. Las organizaciones internacionales pueden también crear normas jurídicas internacionales en tratados y costumbres, pero sólo dentro de su limitada capacidad.

3. Objeto

El campo del derecho internacional se ha ampliado enormemente desde su época clásica, y muy particularmente en el período que va desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días. Tras el establecimiento del sistema occidental de Estados, luego de la paz de Westfalia, se limitaba en forma casi exclusiva a las relaciones interestatales, aunque el individuo fuera objeto, desde antiguo, de sanciones internacionales como en el caso de la piratería. Aparecieron luego las organizaciones internacionales, en particular desde mediados del siglo XIX en forma de uniones administrativas y comisiones fluviales.

El derecho de gentes se fue haciendo notablemente más complejo y universal. El número de Estados aumentó desde un pequeño núcleo europeo hasta comprender todo el planeta y la parte más notable de ese aumento se registró en la segunda mitad de este siglo. El aporte del proceso de descolonización al ensanche de la comunidad internacional fue notable a partir, sobre todo, de 1960 y posteriormente lo fue también el desmembramiento, luego de la caída del muro de Berlín, de varios países.⁷

⁷ En particular, de la Unión Soviética y de la antigua Yugoslavia.

Los organismos internacionales también proliferaron rápidamente a partir de la fundación de las Naciones Unidas. De ello se da cuenta en el capítulo próximo, al tratarse de la institucionalización de la comunidad internacional.

Por último, hubo dos factores que contribuyeron al gran ensanche del objeto del derecho de gentes: uno es el acelerado desarrollo de la tecnología, que abrió nuevos espacios (como los fondos marinos, o el espacio ultraterrestre) y posibilitó la aparición de actividades nuevas; el otro es la gran preocupación actual por la protección del ser humano y de su medio ambiente. Así, se han incorporado vastos ámbitos nuevos a la normación jurídica internacional: el de la protección internacional de los derechos humanos, el de la reglamentación de los fondos marinos allende las jurisdicciones nacionales, el del derecho ambiental.

4. Características del derecho internacional

El rasgo más importante del DIP, como orden jurídico que es de una comunidad *descentralizada* como la CI, es su propia descentralización. De este rasgo surge la mayoría de las características especiales del derecho de gentes y es menester tenerlo siempre presente a medida que se avanza en su estudio.

Según Kelsen, se habla de un orden jurídico *centralizado* “cuando las normas de este orden son creadas y aplicadas por órganos especiales que funcionan de acuerdo con el principio de la división del trabajo y especialmente cuando las sanciones son ejecutadas por dichos órganos”.⁸

Los órganos de creación, interpretación y aplicación del derecho en un orden jurídico centralizado son los de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. A diferencia con los órdenes jurídicos internos, el DIP carece de tales órganos centrales que creen sus normas, otros que las interpreten oficialmente y las apliquen, otros que las hagan cumplir.

⁸ *Principios de derecho internacional público*, Buenos Aires, 1965, p. 88.

a) *Las funciones legislativas: creación de normas por los tratados y por la costumbre*

Como veremos, las normas jurídicas internacionales se crean a través de las fuentes propias del DIP, y principalmente por la costumbre y por los tratados.

Costumbre y pacto son los modos de creación típicos del derecho primitivo, eminentemente *descentralizado*. En ese sentido, puede decirse que el DIP es un derecho primitivo, sin que ello quiera decir que es rudimentario o carente de elaboración doctrinaria.

Como consecuencia del proceso de institucionalización de la comunidad internacional, que ha otorgado a ésta mayor gravitación y presencia en los asuntos internacionales y que ha venido acelerándose luego de las dos grandes Guerras, hay una tendencia a la creación de normas generales a través de tratados multilaterales, algunos de los cuales comprenden un gran número de Estados. Son los llamados *tratados normativos* (o, como solían ser denominados antes, *tratados-leyes*) que han proliferado notablemente, sobre todo como resultado del intenso proceso de codificación del DIP en el marco de las Naciones Unidas.

Estos tratados son, naturalmente, sólo válidos entre las partes contratantes, pero suelen adquirir gran generalidad cuando un número importante de Estados —en algunos casos, también de organizaciones internacionales— se incorpora a ellos, hasta cubrir a veces una gran mayoría o la casi totalidad de los miembros de la comunidad internacional. Esto último sucedió con algunas de las convenciones codificadoras, como las de Viena sobre el derecho diplomático.

También suele ocurrir un fenómeno muy particular al derecho internacional de nuestra época: pueden ser recogidos, en su totalidad o en algunas de sus normas, por la práctica de los Estados y transformarse eventualmente en costumbres internacionales de carácter universal. El papel de la costumbre, particularmente de la llamada “nueva costumbre”, como ya veremos, es un factor notable en la proliferación de normas internacionales.

La costumbre crea normas generales, a través de la práctica uniforme observada durante un cierto tiempo y consagrada por la llamada *opi-*

nio juris, esto es, la aceptación generalizada de una práctica internacional como una norma general obligatoria para toda la comunidad internacional.

Ya veremos con más pormenor el papel que juega la que ha sido llamada “nueva costumbre internacional”⁹ en la generalización de ciertas normas de tratados y hasta de otros textos emanados de la Asamblea General de la ONU, que adquieren pronta y general aceptación de la CI. Baste por ahora adelantar que, sobre la base de textos como los mencionados, y gracias a su desarrollo en los foros de las Naciones Unidas, se ha originado un proceso cuasi-legislativo de creación normativa. Un ejemplo impresionante de este proceso fue la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre derecho del mar, ya que sobre la base de consensos elaborados durante su realización muchas de sus normas básicas fueron costumbres internacionales antes mismo de que sus textos entraran en vigencia a través del tratado multilateral —la Convención de Montego Bay— que las contiene.

b) *Las funciones ejecutivas y administrativas*

Tocante las funciones ejecutivas, obviamente se distingue el orden jurídico internacional de los órdenes internos en carecer de un poder central ejecutivo o administrador. Sin embargo, se prestan desde mitad del siglo pasado funciones administrativas a través de los llamados “servicios públicos internacionales” creados convencionalmente.

Comenzaron a prestarse estos servicios primero por las llamadas “uniones administrativas” como la Unión Telefónica Internacional creada en 1865, o la Unión Postal Universal de 1878. En 1883 se fundó la Unión para la protección de la propiedad industrial, complementada en 1884 por la protección de la propiedad literaria y artística y en 1890 surgió la Unión para el transporte internacional por ferrocarril. Las Comisiones fluviales, anexas a los tratados por los cuales se creaban regímenes para los grandes ríos internacionales, son otro ejemplo de órganos que brindan servicios públicos.

⁹ Abi-Saab, profesor del Institut des hautes études internationales de Ginebra la ha llamado así en un interesante artículo que comentaremos más adelante.

Hoy en día, hay gran cantidad de órganos de la familia de las Naciones Unidas que prestan casi todos los servicios públicos imaginables en un Estado, desde la protección de la salud pública (OMS) hasta los de estudio y previsión del clima (OMM).

En cuanto a las funciones ejecutivas propiamente dichas, la soberanía de los sujetos-Estados –reverso de la descentralización–, las hace difícil. Algunas funciones de tipo policial tiene el Consejo de Seguridad cuando actúa dentro del Capítulo 7 de la Carta, pero no alcanzan a configurar, ni de lejos, un poder ejecutivo.

c) Las funciones judiciales

Por último, si bien no hay ningún órgano jurisdiccional con competencia obligatoria universal, existen a disposición de los Estados medios de solución pacífica de las controversias internacionales, enumerados en el artículo 33 de la Carta de la ONU.

Existe un pequeño núcleo de jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), órgano judicial principal de las Naciones Unidas, en relación con aquellos Estados que aceptaron previamente dicha jurisdicción, ya sea a través de las Declaraciones de aceptación del artículo 36 (2) de su Estatuto, depositadas ante el Secretario General de la ONU, ya por declaraciones aún vigentes –cuando entró en vigor el Estatuto de la actual Corte– en favor de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional, que se traspasaron a la actual Corte por virtud del inciso 5 del mismo artículo.¹⁰

También existe la jurisdicción obligatoria de la CIJ respecto a los Estados que la aceptaron en tratados bilaterales o multilaterales. Esta jurisdicción puede referirse a las diferencias que pudieran surgir de la interpretación o aplicación de esos mismos instrumentos o bien de tratados generales de solución de controversias internacionales.

Hay otros tribunales internacionales permanentes, como la Corte de las Comunidades Europeas o las Cortes europea e interamericana de Derechos Humanos, que tienen carácter regional y las dos últimas ju-

¹⁰ Ver Julio Barboza, "Traspaso de la jurisdicción obligatoria de la Corte Permanente a la Corte Internacional de Justicia", *La Ley*, 1961.

risdicción relativa a la protección de los derechos humanos fundamentales. Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM) crea una Corte de Derecho del Mar, hace poco establecida con sede en Hamburgo. Para el juzgamiento de individuos por crímenes internacionales, el Consejo de Seguridad de la ONU creó una Corte Penal Internacional para la ex-Yugoslavia con sede en La Haya y otra para Ruanda, con sede en Arusha. Asimismo, una conferencia codificadora reunida en Roma en Junio de 1998 adoptó el Estatuto de la Corte penal internacional, en el que se incluye una tipificación de los crímenes internacionales que serán de su competencia. Cuando entre en vigencia la Convención del Estatuto de Roma, la Corte tendrá sede en La Haya.

Luego, los Estados pueden resolver sus disputas mediante el arbitraje, que es un método *ad-hoc*, esto es, en relación con cada controversia individual. El método judicial, en cambio, es permanente y tiene un procedimiento propio. Existe también una Corte Permanente de Arbitraje en La Haya, que es fundamentalmente una lista de árbitros a disposición de los Estados.

d) Los Estados como sujetos y como órganos del DIP: la autotutela de los propios derechos

Como vimos más arriba, y también como efecto de la descentralización del derecho internacional, el Estado es sujeto al par que creador de normas jurídicas internacionales. En un orden centralizado, "los órganos que crean y aplican el orden jurídico, y en particular los órganos que ejecutan las sanciones, son diferentes y más o menos independientes de los individuos sujetos al orden."¹¹ En cambio, el Estado actúa en el plano del derecho de gentes al mismo tiempo como sujeto de una norma jurídica y –si no está sometido a una obligación de solución de controversias por terceros– actúa también como intérprete de los derechos que esa misma norma le otorga. Eventualmente, a través de la llamada "auto-tutela" de los derechos, el Estado es órgano del derecho internacional para hacerlos cumplir.

¹¹ Kelsen, *op. cit.*, p. 88.

Aunque el uso de la fuerza armada está actualmente prohibido en el DIP, hay formas permitidas de ejercer otros tipos de coerción, como la reciprocidad o las represalias, que tienden a obligar al cumplimiento de sus obligaciones al Estado remiso.

En suma, mientras el derecho interno tiene órganos centrales para las anteriores funciones, el DI tiene órganos que no funcionan de acuerdo con el principio de la división del trabajo, órganos descentralizados que son los Estados mismos.¹²

e) *Derecho de subordinación y derecho de coordinación*

Suele decirse también que otro rasgo fundamental del orden jurídico internacional es que es un derecho de "coordinación", aludiendo al mismo rasgo de descentralización antes comentado, a diferencia del derecho interno, que lo es de "subordinación".

Internamente, se dice, el Estado como poder soberano es superior a sus súbditos, y establece el ordenamiento de la conducta de estos últimos. En cambio, detrás del derecho de gentes no hay autoridad ni poder soberano alguno: los sujetos son ellos mismos soberanos y están entre ellos en un mismo plano.

Esto parece olvidar, sin embargo, el papel de la costumbre en el orden interno, particularmente en sistemas jurídicos como el anglosajón; obviamente donde hay derecho consuetudinario no hay derecho "impuesto" por un superior a sus subordinados. También parece olvidar que, tanto en el orden interno como en el internacional, existe una subordinación de todos, aun del Estado-legislador, al derecho.

¹² "...no hay ninguna razón para limitar el concepto de derecho al orden coercitivo que constituye el Estado, esto es, a un orden coercitivo relativamente centralizado, de tal suerte que sólo el derecho de un Estado se tendría como derecho en el verdadero sentido." *Ibid.* Kelsen encuentra que lo que realmente importa para categorizar un orden social como derecho es el monopolio del uso de la fuerza, ya sea este monopolio centralizado (esto es, sólo a cargo de órganos centrales) o descentralizado, donde estará en manos de órganos descentralizados, esto es, de los Estados actuando como tales órganos, aunque solamente en los casos prescritos por el derecho (legítima defensa, por ejemplo).

5. *Derecho internacional general y derecho internacional particular*

Se llama "derecho internacional general" al que conforman las normas jurídicas internacionales que son válidas para todos los sujetos de derecho internacional y es una denominación que puede aplicarse prácticamente sólo al derecho consuetudinario, ya que es casi imposible que las normas de un tratado valgan, como tales, para todos los Estados de la comunidad internacional. Es un derecho de la comunidad internacional entera.

La expresión "derecho internacional particular", en cambio, se aplica al derecho vigente para una comunidad particular, la comunidad creada por un tratado o por una costumbre regional, especial o bilateral. Sus normas son válidas solamente para ciertos Estados: carecen de validez universal.

Kelsen incluye dos especificaciones respecto a esta nomenclatura. En relación con el derecho general, dice que las normas son *potencialmente* obligatorias para todos los Estados "si se cumplen las condiciones en las cuales aquéllas pueden ser obligatorias."¹³

Como ejemplo cita el de un Estado ribereño al mar, que tiene todas las obligaciones y derechos inherentes a su condición de tal y que no posee un Estado mediterráneo pero que automáticamente le corresponderán si adquiere territorio con litoral marítimo. Y que son válidas no sólo para los Estados, sino para todos los otros sujetos del derecho de gentes.¹⁴

En cuanto al derecho particular, agrega Kelsen que si bien es cierto que sus normas obligan *directamente* sólo a un cierto número de sujetos del DIP, en cambio *indirectamente* son válidas para todos, porque "tales normas pueden constituir una situación jurídica que, como tal, deba ser respetada por todos los demás Estados. Todo Estado tiene la obligación jurídica de respetar los derechos que los demás Estados hayan adquirido en virtud del derecho internacional. Así, por ejemplo, los Estados están obligados a respetar la integridad territorial de los demás, lo que significa que los Estados están obligados a respetar el

¹³ Kelsen, *op. cit.*, Buenos Aires, 1965, p. 162.

¹⁴ *Ibid.*, p. 162.

derecho que algún otro Estado tenga sobre un territorio. La obligación de los Estados de respetar los derechos de los demás Estados, adquiridos en virtud del derecho internacional es la consecuencia del hecho de que el derecho internacional particular que constituye el derecho adquirido se crea siempre sobre la base de una norma del derecho internacional general.”¹⁵

Las obligaciones de los tratados reconocen su fundamento de validez en la norma consuetudinaria *pacta sunt servanda*, como veremos un poco más adelante. Por tanto, concluye Kelsen, no existe, en el sentido absoluto del término, un derecho internacional particular. “El derecho internacional es, como todo derecho, un derecho general, aunque la mayor parte de sus normas tengan el carácter de derecho particular en el sentido relativo del término”.¹⁶

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Id.*, p. 163

Capítulo 2

La comunidad internacional

1. Desde la organización del Estado moderno hasta el Congreso de Viena

La evolución de la comunidad internacional tiene un concepto clave: es su institucionalización, su tránsito de lo simple a lo complejo. La que emerge de Westfalia es una sociedad de Estados meramente yuxtapuestos, que coexisten juntos sin ninguna forma de superestructura; de ahí se llega hoy a una constelación de instituciones que de diversas maneras persiguen el interés común de la comunidad global o de comunidades regionales.

a) *La comunidad de Estados*

Se suele comenzar la historia del derecho de gentes a partir de la paz de Westfalia de 1648 (Tratados de Munster y de Osnabruck), que puso fin a la Guerra de Treinta años. Es un punto de partida conveniente, porque a partir de ella comienza a generalizarse el sistema de Estados en Europa, y como vimos antes, el Estado es el factor más importante en la formación y aplicación del derecho internacional.

El feudalismo —etapa anterior a Westfalia— era una organización de la sociedad basada en la tenencia de la tierra, en que los poderes de un Estado como los actuales se dispersaban entre diferentes instituciones. La autoridad civil no era exclusiva o suprema: a su lado, la Iglesia con el Papa a la cabeza ejercía un poder que no siempre se limitaba a la esfera espiritual. Esa estructura piramidal del feudalismo culminaba en el Papa y el Emperador como jefes espiritual y temporal, respectivamente, de la Cristiandad.¹

¹ *A Manual of International Law*, cuarta edición, Londres, 1960, T. I, p. 4. (La traducción es nuestra.)

Sin embargo, ya algunas entidades territoriales alcanzaron a formarse durante ese período. Schwarzenberger sostiene que la mencionada pirámide feudal "casi nunca se realizó plenamente" y que dejó lugar para las relaciones en un pie de igualdad "entre los que eran, a menudo, Estados independientes de hecho". Dice que, aun dentro del Imperio, "las relaciones entre los príncipes feudales más poderosos, caballeros independientes y ciudades libres se regían por reglas indistinguibles, excepto en la forma, de las del derecho internacional y formaban un sistema de derecho cuasi-internacional.

La consolidación del poder monárquico en varias de las unidades territoriales que se formaron al desintegrarse el Imperio Romano por un lado, y la reforma religiosa por el otro minaron las bases del sistema feudal, a tal punto que ni el Papa ni el Emperador fueron invitados a la celebración de la Paz de Westfalia, a partir de la cual se consolida el sistema de Estados soberanos e independientes.

Esta primera etapa se extiende hasta el fin de las guerras napoleónicas, que en sí mismas son otro episodio de la lucha por mantener el equilibrio político en Europa, ya que Gran Bretaña se ubica en la coalición opuesta a Francia, empeñada en ejercer una vocación hegemónica. La victoria de los monarcas aliados se consagra en los Tratados de París de 1814 y 1815.

Una nueva etapa empieza con la celebración del Congreso de Viena en 1815, en el que se realizará un nuevo gran arreglo territorial y político europeo.

b) *El derecho internacional de esta etapa*

El derecho internacional como lo conocemos ahora se formó en Europa, en el seno de la *christianitas* medioeval y fue, hasta el siglo XIX, un orden exclusivamente vigente en el perímetro de aquel continente, al punto que se lo solía llamar "derecho público europeo". Sólo más tarde se expandió, primero a través de la independencia norteamericana y luego de las colonias españolas del resto de América. Con el Tratado de París de 1856, se abrió también hacia el oriente. Finalmente, tras las dos grandes guerras mundiales se universalizó el derecho internacional a través de la descolonización.

i) La soberanía estatal

El principio más importante que se afirma en este primer período, que continuará algo relativizado hasta nuestros días, es el de la soberanía del Estado, esto es, que no hay sobre los Estados que componen la comunidad internacional forma alguna de poder superior. En él se inspira todo el derecho internacional llamado "clásico" y, con su naturaleza relativa, también el derecho actual.

ii) La igualdad jurídica de los Estados

El principio de la igualdad jurídica de los Estados es corolario de la soberanía estatal. En lugar de la pirámide feudal, la comunidad se acható —para expresarlo gráficamente— a un solo plano de príncipes que no reconocían encima de ellos poder alguno y que eran, por ende, iguales entre sí.

iii) El equilibrio del poder

Para conservar la pluralidad de Estados soberanos e iguales entre sí, se requiere que ninguno de ellos adquiriera hegemonía sobre los demás, porque de esa manera se vuelve en alguna medida a la unidad del Imperio representado por aquel Estado hegemónico. Es por ello que un tercer principio, corolario de los dos anteriores, es imprescindible: el equilibrio del poder. Para ello, los Estados celebraban alianzas cuando alguno adquiriría, o amenazaba adquirir, una peligrosa preponderancia.

Una expresión jurídica de este concepto es la cláusula del Tratado de Utrecht de 1713, que puso fin a la Guerra de Sucesión Española, según la cual los Borbones españoles no podían establecer alianzas con los Borbones franceses, puesto que la conjunción de las dos familias reinantes en tan importantes países de Europa amenazaba el equilibrio del continente. Inglaterra, vencedora y beneficiaria del Tratado, pone ya de manifiesto su vocación de fiel de la balanza, papel que desempeñó hasta nuestro siglo.

iv) Otros desarrollos del derecho de gentes

Los progresos realizados en materia de comunicación marítima permitieron ensanchar los límites de la comunidad europea. En este período se consolidó la institución de la actividad diplomática, se instituyó el principio de libertad de los mares —que evita toda dominación unilate-

ral del mar-, surgieron algunos principios relativos a la adquisición de territorios y a la navegación marítima. La guerra era frecuente entre los monarcas absolutos de la época, y aparece como un medio normal y necesario de su política: no hay prohibición legal de recurrir a ella, pero surgen algunas reglamentaciones de su conducción, en particular de la guerra marítima y en alguna medida también de la neutralidad.² El equilibrio de poder es garante de la pluralidad, pero no de la paz.

Luego de que Grocio intentara desterrar de la legalidad a las guerras que no fueran justas, Vattel en el siglo XVIII, consecuente con su posición de que el Estado es el único que puede interpretar lo que el derecho natural exige de él en cada circunstancia, decide que la justicia de una causa es algo subjetivo. Por ende, los Estados convienen en la práctica que la guerra justa es la que reviste ciertas formas: una guerra conducida abiertamente y no una guerra clandestina o no declarada.

2. Del Congreso de Viena a la Primera Guerra Mundial

a) El Directorio europeo

La presencia de un genio militar como Napoleón encabezando un país de la importancia de Francia había demostrado la fragilidad del equilibrio político sin otras instituciones que le dieran sustento. Derrotado aquél, nació del Tratado de Paz de París de 1815 y del Congreso de Viena de ese mismo año, el primer ensayo de organización de la comunidad internacional bajo la égida de las grandes potencias.

El artículo 6 del Tratado de París de 1815 establece la intención de sus firmantes "para el bienestar del mundo" en "convocar, en épocas determinadas, ...reuniones consagradas a los grandes intereses comunes y al examen de las medidas que, en cada una de esas épocas, fueran juzgadas las más saludables para el reposo y la prosperidad de los pueblos y para el mantenimiento de la paz en Europa."

² Véase a este respecto Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier y Alain Pellet, *Droit International Public*, 5a edición, París, 1994, p. 48.

El cambio es radical, porque significa una relativización de la soberanía estatal y de la igualdad jurídica de los Estados: la soberanía plena ahora sólo podrá valer para las grandes potencias. Estos rasgos de la comunidad internacional persisten hasta nuestros días.

Tetrarquía y Pentarquía. La Santa Alianza

El Tratado de París dio origen a la Tetrarquía, alianza de Austria, Gran Bretaña, Prusia y Rusia, que se transformó en Pentarquía en el congreso de Aquisgrán de 1815, cuando la Francia de Luis XVIII adhirió al Tratado. Otros congresos de la Alianza fueron los de Troppau, Leybach y Verona, este último en 1823.

Suele también llamarse a este corto período el del Directorio europeo, que alude precisamente al gobierno de aquellas potencias. Influenciada por la Santa Alianza, tratado que se firmó entre Austria, Prusia y Rusia,³ el Directorio se empeñó en mantener el *principio de legitimidad*, o sea el de que los tronos correspondieran a aquellas personas señaladas por las leyes de sucesión monárquica. Se valió para ello de la *intervención*, que alcanzó la dignidad de un principio del derecho de gentes.

En tal sentido, ejerció presiones: no reconocimiento de regímenes políticos ilegítimos, uso de la fuerza armada, delegado en alguno de sus miembros. El Congreso de Troppau decidió que Austria interviniera militarmente en el Reino de las Dos Sicilias en 1820 para reponer a Fernando I y en 1821 el de Laybach la autorizó para dominar la insurrección del Piamonte; a su vez el de Verona autorizó a Francia a enviar a España una expedición llamada de los "cien mil hijos de San Luis" que repuso a Fernando VII en el trono de Madrid.

Desde el principio, sin embargo, Gran Bretaña fue reticente a las in-

³ Estos países habían firmado, el 26 de septiembre de 1815, el Tratado que se llamó de la "Santa Alianza", inspirado por el Zar Alejandro I, y que los comprometía a "tomar como única guía los preceptos de la Justicia, de la Caridad Cristiana y de la Paz". Todos los otros soberanos de Europa fueron invitados a unirse a esta Santa Alianza, menos el Papa y el Sultán. El único que se negó a hacerlo fue el Príncipe Jorge, Regente de Gran Bretaña.

tervenciones de la Alianza, y marcó esta actitud en los diferentes congresos que tuvieron lugar durante la existencia del Concierto.

En particular, no convenía a sus intereses comerciales la reconquista de sus antiguas colonias por España, en lo que coincidía con el Presidente Monroe y su declaración de 1823. En 1825 Canning anunció su reconocimiento de las repúblicas sudamericanas independizadas de España.

b) *El Concierto europeo*

Tales resistencias británicas terminaron con el Directorio europeo, pero un sistema más laxo de gobierno de las potencias continuó con el llamado "Concierto europeo", durante el cual fueron convocadas conferencias siempre que surgía alguna cuestión de particular importancia en el continente. Las cinco o seis grandes potencias europeas entonces existentes se arrogaban a veces la representación de todos, como cuando la Conferencia de Londres de 1831 decidió la secesión de Bélgica respecto a Holanda, o cuando se intervino militarmente en Creta en 1897, pero otras veces convocaron a potencias medianas o no europeas, como se hizo para el Congreso de París de 1856, tras la guerra de Crimea, o para el de Berlín de 1885, cuando se fijaron las reglas de la expansión colonial europea. Pero las grandes potencias conservaron en todo momento la primacía en cuanto a la convocatoria, la conducción y las negociaciones en tales conferencias.

Se siguió utilizando la presión política (demostraciones navales, bloqueos pacíficos y demás) para imponer las *recomendaciones* de las Potencias. Otro mecanismo: la *garantía colectiva* de aquéllas para mantener el *status* creado por un Tratado. Por el Protocolo de Londres de 1830 se extendió esta garantía a Grecia y en 1831 se garantizó la neutralidad de Bélgica.⁴

Evolución y fin del Concierto europeo

Importantes transformaciones políticas se fueron produciendo en es-

⁴ Violada por Alemania, uno de los garantes, durante la guerra de 1914/18.

te interin. En 1830 una revolución liberal en Francia hizo subir al trono a la Casa de Orleans con Luis Felipe⁵ al tiempo que tomaba ímpetu el principio de las nacionalidades. Austria, Prusia y Rusia formaron un bando con intereses opuestos a los de Gran Bretaña y Francia.

Los movimientos nacionalistas y socialistas hicieron de 1848 un año de revoluciones. La de París dio nacimiento a la Segunda República, a cuya Presidencia fue electo Carlos Luis Napoleón Bonaparte, sobrino del Emperador, quien poco después se transformó en Emperador bajo el nombre de Napoleón III; se produjeron movimientos constitucionales en la Confederación Germánica, y en Austria el hundimiento político de Metternich dio fin a la Santa Alianza.

En 1870 se produjo la unidad italiana alrededor del Piamonte y en 1871 la unidad alemana por obra de Prusia y Bismark.

La guerra de Crimea de 1853 y la franco-prusiana de 1870 enfrentaron a grandes potencias entre sí y marcaron el principio de la decadencia del Concierto europeo en cuanto significaron la ruptura del consenso mínimo entre ellas que le servía de piso.

Hacia 1880, la segunda oleada colonial en Africa motivó la reunión del Congreso de Berlín (1885) en el que se fijaron reglas respecto a la ocupación y adquisición de territorios.

En 1888 nace el sistema interamericano, en cuyo seno fueron tomando forma nuevos principios del derecho de gentes.

El proceso europeo, por su parte, se fue encaminando hacia la guerra de 1914/18, con el enfrentamiento de dos bandos (Alemania, Austria y Turquía de un lado, Francia, Gran Bretaña y Rusia, luego también Italia, del otro). El estallido de la Primera Guerra Mundial significó también el fin del Concierto europeo. Se produjo al poco tiempo (1917) la revolución comunista en Rusia y la aparición posterior de la Unión Soviética.

⁵ Hijo del famoso regicida *Philippe Egalité*, muerto en la guillotina el mismo año de la ejecución de Luis XVI.

c) *El derecho internacional*

Hubo desarrollos interesantes del derecho de gentes: una declaración del Congreso de Viena sobre libertad de navegación de los ríos internacionales, otra contra el tráfico de esclavos y posteriormente un convenio sobre las jerarquías de las misiones diplomáticas y de sus jefes en el Congreso de Aquisgrán de 1818. En 1856 se produjo en la Conferencia de París la abolición del corso. En 1864 se celebró en Ginebra un convenio sobre conducción de la guerra en el mar.

Lo más relevante de este período fueron las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907, que marcan el principio de la codificación del derecho internacional a través de tratados multilaterales. En la primera, convocada por el Zar Nicolás II y que agrupó a veintiséis Estados, incluyendo a México y Siam, hubo convenios sobre la solución pacífica de controversias, leyes y usos de la guerra terrestre y aplicación del Convenio de Ginebra de 1864 a la guerra marítima. Asimismo, tres declaraciones sobre la limitación de las hostilidades en la guerra.

En la segunda, fruto de la iniciativa de Estados Unidos apoyado por Rusia, estuvieron representados cuarenta y cuatro Estados y tuvo por ende carácter universal. Hubo trece convenios y una declaración sobre arbitraje obligatorio. Los temas de los acuerdos fueron la guerra terrestre, la neutralidad y la guerra marítima. Se creó el Tribunal Internacional de Presas, lo que dio origen a una posterior conferencia convocada por Gran Bretaña y que tuvo lugar en Londres, que resultó en una declaración sobre el derecho de la guerra marítima.

Los servicios públicos administrativos

En cuanto a la institucionalización de la comunidad internacional, es de destacar la creación de las famosas "uniones administrativas". En 1865 se creó la Unión Telegráfica Internacional y en 1874 la Unión Postal Universal. La Unión para la protección de la propiedad industrial fue creada en 1883 y complementada en 1884 por la protección de la propiedad literaria y artística y en 1890 surgió la Unión para el transporte internacional por ferrocarril. En 1907 nació la Oficina Internacional de Salud Pública. Las Comisiones fluviales, anexas a los tratados por los cuales se creaban regímenes para los grandes ríos internacionales, son otro ejemplo de órganos que brindan servi-

cios públicos. Todos ellos funcionaban a través de una asamblea periódica y de un secretariado permanente que aseguraba la continuidad de su acción.

"Más aún, al desarrollarse la práctica de estas uniones, empezaron a producirse cambios en la textura del derecho internacional tradicional, por ejemplo, la lenta erosión de la regla de la unanimidad para la modificación de cláusulas convencionales."⁶

3. *Desde el fin de la Primera Guerra Mundial hasta nuestros días*

a) *La Sociedad de Naciones*

A la primera conflagración mundial siguió una importante tentativa de organización internacional a través de la Sociedad de las Naciones (SN).

i) *Antecedente: el Concierto europeo*

La estructura de esta institución no nace *ex nihilo*: encuentra inspiración en el Concierto Europeo, que es el antecedente directo del Consejo de la Sociedad, en la línea de gobierno oligárquico característica de aquel Concierto. En el Consejo estaban representadas las grandes potencias vencedoras de la guerra (las potencias aliadas y asociadas) junto con otras menores, y si bien es cierto que todos los miembros tenían virtual derecho de veto —pues regía la regla de la unanimidad— sólo los grandes tenían asiento permanente.

La Asamblea, en cambio, significó una apreciable mejora sobre el conglomerado más o menos informe de las pequeñas potencias que completaban a veces —como vimos— la asistencia a las conferencias convocadas por el Concierto para tratar un interés general europeo. Al tener poderes concurrentes con el Consejo, la Asamblea asumió una considerable estatura en el sistema.

La Sociedad mantiene la regla de la unanimidad, tradicional práctica

⁶ Abdullah El Erian, "Historical Development of International Institutions" en *Manual of Public International Law*, editado por Max Sorensen, Saint Martin Press, Nueva York, 1968, p. 59.

de los cuerpos diplomáticos, aunque había excepciones importantes en los artículos 15 (7) y (10).

El mecanismo de la garantía colectiva del Concierto es conservado y perfeccionado por el Pacto. En su artículo 10, se dice que:

“los Estados miembros se comprometen a respetar y mantener contra toda agresión exterior, la integridad territorial y la independencia política presente de los miembros de la Sociedad”.

Una evidente mejora sobre su antecedente, que era un régimen *de facto*, es que el de la Sociedad fue *de jure* desde que su creación fue obra de un tratado multilateral; otro progreso sobre lo anterior fue la circunstancia de poseer la organización una sede permanente en la ciudad de Ginebra y una Secretaría, de las que carecía el Concierto, cuyos congresos y conferencias se reunían en diferentes ciudades. La existencia de un Secretariado daba a la Organización una deseable continuidad.

ii) Vocación de universalidad

El Pacto consagró para la Sociedad de Naciones una vocación de universalidad. “Vocación” porque el principio no tuvo completa ejecución, lo que provocó el retiro de la Argentina. Pero evidentemente la SN significa una culminación del crecimiento de la comunidad internacional y tiene representatividad de orden prácticamente universal para su tiempo.

La Argentina asistió a la primera reunión de la Sociedad en 1919, representada por Honorio Pueyrredón y por Marcelo T. de Alvear, Canciller el primero del Presidente Hipólito Yrigoyen. En esa oportunidad, introdujo tres proyectos de reformas al Pacto: uno consistente en admitir el criterio de universalidad mencionado, o sea que la condición de Estado acarrearía automáticamente la de miembro de la Sociedad; otro que procuraba el establecimiento del arbitraje obligatorio y un tercero que admitía que los pueblos coloniales tuvieran voz, ya que no voto, en la Asamblea. Obviamente, ninguno de los tres prosperó, dada la composición misma de la Asamblea, lo que motivó el retiro argentino para no volver sino en 1932, siendo Presidente Marcelo T. de Alvear.

iii) El régimen de mandatos

La Sociedad tuvo logros importantes. Creó el sistema de mandatos, bajo el cual colocó a ciertos territorios separados del imperio otomano y del régimen colonial de Alemania para ponerlos bajo administración de “las naciones más adelantadas”. Lo importante de este sistema es que consideraba que el bienestar y el desarrollo de los pueblos de esos territorios era una “misión sagrada de la civilización” y que las naciones tutoras actuaban bajo un mandato de la Sociedad, no como soberanas territoriales y daban cuenta anualmente del estado de sus pupilos.

iv) Protección de minorías y refugiados.

La SN también tuvo a su cargo la protección de las minorías nacionales, que alcanzaron bajo los Tratados de Paz y otras declaraciones y acuerdos, importantes derechos de carácter político, religioso, educacional y lingüístico. Asimismo, la ayuda a los refugiados alcanzó destacables niveles y se nombró a un Alto Comisionado para que supervisara esta tarea.

v) La Corte Permanente de Justicia Internacional y la OIT

Dos instituciones creadas por el Pacto e íntimamente relacionadas con la Sociedad fueron la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Organización Internacional del Trabajo. La Corte significó una innovación importante sobre la situación existente, desde que agregó a los medios de solución pacífica de controversias el arreglo judicial. Demás está destacar su papel como antecedente de la actual CIJ, así como en lo relativo a la interpretación y aplicación del derecho internacional en la época de su existencia.

La OIT, por su parte, fue clave en el avance de legislaciones laborales uniformes que configuraron gran parte del sistema laboral de entonces y, siendo autónoma, pudo continuar con su actividad durante la Segunda Guerra.

vi) Balance de la Sociedad de Naciones

Fueron muchos los fracasos de la SN. Los Estados Unidos, cuyo Presidente (Wilson) había sido el inspirador del Pacto, no ratificó el Tratado de Versalles y por ende no accedió a la Organización. Esta sensible ausencia afectó a la Organización desde un principio. Alemania y Rusia fueron al comienzo excluidas, luego ingresaron, para retirarse posteriormente. También Japón se retiró en su momento.

Tampoco fue efectivo su sistema de sanciones descentralizadas y libradas a los miembros, como quedó demostrado en 1931 con la cuestión del Manchukuo, en 1935 con el conflicto de Italia con Etiopía, en 1938 con el Anchluss de Austria y en 1939 con Checoslovaquia y Albania.

En cuanto al uso legítimo de la fuerza, quedó supeditado al sometimiento previo de la cuestión a arbitraje o al Consejo: sólo podía emplearse contra la parte que no hubiera acatado el laudo arbitral o la resolución del Consejo.

Este sistema fue modificado en la práctica desde la adopción y generalización del Pacto Kellogg-Briand de 1928, que prohibió el uso de la fuerza como instrumento de política nacional.

La dinámica internacional creada por las Potencias del Eje Roma-Berlín-Tokio fue rápidamente sobrepasando la capacidad de la Sociedad para manejar situaciones conflictivas y la invasión de Finlandia por la URSS le asestó un golpe del que no se sobrepuso, trabado como estaba el conflicto de 1939.

✓ b) *Las Naciones Unidas*

Al terminar la Segunda Guerra Mundial en 1945 se convocó a la Conferencia de San Francisco, donde se aprobó la Carta de las Naciones Unidas, que es el intento más logrado hasta ahora de organización de la comunidad internacional.

El objetivo primordial de la ONU es el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales y la promoción de la cooperación de todo orden entre los Estados. Veremos en capítulos posteriores, con detenimiento, lo relativo al sistema de las Naciones Unidas. Baste por ahora decir que su acción ha sido determinante del notable desarrollo del derecho internacional en nuestros días, como también lo veremos oportunamente.

i) *La estructuración de la Comunidad internacional*

La estructura de la comunidad internacional es actualmente muy compleja. Sin pretender ser exhaustivo, conviene referirse en primer término a los organismos especializados de la ONU, como la FAO (Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura), la UNESCO (Educación, ciencia y cultura), la OIT (Organización Internacional del Trabajo), la OMS (salud), el UNICEF (Fondo para la in-

fancia), el FMI (Fondo Monetario Internacional), el BIRF (Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, o Banco Mundial), la UIT (telecomunicaciones), la OACI (aviación civil internacional), la OMM (Organización Meteorológica Mundial), la UPU (Unión Postal Universal), la OIEA (Organismo Internacional de Energía Atómica).

Hay también organizaciones que trabajan en estrecha relación con la ONU, como la OIR (refugiados), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, la OMC, o sea la Organización Mundial del Comercio, que reemplaza al GATT (Acuerdo General de Aranceles y Comercio) pero que es más amplio porque incluye también a los servicios.

Además de esta frondosa familia de la ONU, hay muchas organizaciones regionales, como la Organización de Estados Americanos, la actual Unión Europea, la Liga Árabe, la Organización de la unidad africana o la ASEAN, de las naciones del sudeste asiático. Existen otras de tipo exclusivamente económico, como el Mercosur, la ALADI, el Pacto Andino, la ODECA de los Estados centroamericanos, el CARICOM o Mercado Común del Caribe, el NAFTA (North American Free Trade Area) conocido en español por su sigla TLC, o Tratado de Libre Comercio.

Esta espesa red de entidades demuestra claramente el proceso de estructuración de la comunidad internacional. Repitiendo lo que dijimos al principio, el hilo conductor en la historia de la comunidad de naciones es su creciente institucionalización, ya que se pasó de una primera etapa de Estados meramente yuxtapuestos a una segunda en que se ensayó un esbozo de gobierno de Europa –y por ende del mundo– con el Directorio y el Concierto europeos y a una tercera en que la cooperación internacional está alcanzando concreciones institucionales considerables.

ii) *Una comunidad internacional escindida y reunificada*

Gran parte de los anteriores logros tuvieron lugar con una comunidad de naciones escindida por efectos de la Guerra Fría, que después de 1945 significó una división de la sociedad internacional en bandos ideológicos y políticos enfrentados y al borde mismo de la guerra real. Aunque de fuerte impacto en el derecho internacional, este enfrentamiento no alcanzó a dividirlo, desde que los adversarios ideológicos y sus aliados llegaron a algunos importantes entendimientos, como las li-

mitaciones que se acordaron en materia de desarme, prohibición parcial de ensayos nucleares (Tratado de Moscú, 1963), no proliferación de armas nucleares (Tratado de Londres, 1968), limitación de armas estratégicas (Tratados SALT), Tratados de eliminación de misiles de corto y mediano alcance (Tratado de 1987).

En el mismo sentido cabe apuntar la adopción por la Asamblea General el 25 de octubre de 1970 de la "Declaración de los principios de derecho internacional que rigen las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados", que implicaba la aceptación por ambos bandos de la Guerra Fría de una serie de principios universales y fundamentales del derecho de gentes, y que será estudiada en pormenor más adelante.

La existencia de estos principios comunes fue ratificada en el Acta de Helsinki, al final de la primera reunión de la Conferencia sobre Seguridad y cooperación en Europa (CSCE), zona que constituyó el corazón de la Guerra Fría, por treinta y cinco Estados firmantes que abarcaban todos los países europeos menos Albania, más los Estados Unidos y Canadá, en el Acta de Helsinki.

A partir de 1989, en que se produce el colapso del bloque comunista, se concluyen en el mundo varios importantes instrumentos. La Carta de París para la Nueva Europa, firmada también en el seno de la CSCE el 21 de noviembre de 1990 pone oficialmente fin a la Guerra Fría, y el voto afirmativo de la Resolución 678 del Consejo de Seguridad por la Unión Soviética el 28 de noviembre de 1990, que autoriza el empleo de la fuerza contra Irak por su invasión a Kuwait, marca un largo paso en la nueva dirección.

El Consejo de Seguridad pareció llamado a desempeñar, tras más de cincuenta años de demora, el papel que los fundadores de las Naciones Unidas le habían asignado. Podría decirse que incluso fue más lejos: las operaciones de mantenimiento de la paz que se desarrollaron bajo sus auspicios y que consagraron formas de *nation building* (reconstrucción de países en vías de disolución, como en Somalia y Haití) aunque posibles dentro de una interpretación constructiva de la Carta, no parecían haber sido contempladas originalmente. Algunas otras decisiones del Consejo de Seguridad provocaron debates acerca de su legalidad dentro de la Carta, como la creación de tribunales (antigua Yugoslavia, Ruan-

da) para juzgar la comisión de crímenes internacionales. El Tratado de Roma, de julio de 1998 creará, cuando entre en vigor, una Corte penal internacional la legitimidad de cuyo origen estará libre de los defectos de los tribunales creados por el Consejo.

iii) El desarrollo del derecho

Sería vano intento sintetizar en pocas palabras el desarrollo del derecho de gentes desde el fin de la Segunda Guerra Mundial hasta ahora.

Las Naciones Unidas han promovido una impresionante tarea de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, con lo que han cumplido el mandato del artículo 13, 1, (a) de su Carta. La Comisión de derecho internacional (CDI), subsidiaria de la Asamblea General y principal codificador, tiene a su lado otros órganos de las Naciones Unidas que cumplen similar misión.

El derecho que resultó de este proceso, a partir de 1945, tiene caracteres que lo separan del llamado "derecho internacional clásico", de típicos rasgos. Tales eran el liberalismo, la extrema descentralización y el carácter oligocrático.⁷

"El Derecho Internacional Clásico era liberal, porque sus normas se preocupaban fundamentalmente de distribuir las competencias entre los Estados y de regular las relaciones entre ellos. Como ha dicho Friedman, se trataba de la 'esfera tradicional' de las relaciones diplomáticas interestatales".⁸

Notablemente, este derecho clásico autorizaba la guerra y se preocupaba poco de los pueblos, desde que la dominación colonial estaba enteramente legalizada o de los individuos, desde que no existía la protección internacional de los derechos humanos.

Era extremadamente descentralizado, por ser la costumbre su expresión normativa más importante y porque la satisfacción de algunos intereses comunes se canalizaba por la vía de tratados y no por instituciones permanentes.

⁷ Ver Pastor Ridruejo, *op. cit.*, p. 84.

⁸ *Ibid.*

Por último, el derecho clásico era esencialmente oligocrático, entre otras cosas porque su índole descentralizada y liberal permitía a las grandes potencias ejercer su predominancia sin mayores trabas.⁹

A nuestro parecer, los anteriores rasgos siguen caracterizando en alguna medida al actual derecho de gentes, sólo que al haberse atenuado considerablemente configuran un cambio casi cualitativo. No ha dejado el derecho actual de ser liberal, descentralizado y oligocrático, pero lo es mucho menos y en algunos casos se ha revertido la tendencia. El derecho de la independencia de las naciones está siendo rápidamente reemplazado por el de la "interdependencia". Una nueva y extraordinaria etapa del derecho de gentes ha comenzado en nuestros días. Asimismo, el uso de la fuerza por los Estados ha sido reglamentado, con todas las incertidumbres y lagunas que conocemos, y prohibida la agresión.

La creciente institucionalización de la comunidad internacional, el carácter más humanista que caracteriza las creaciones jurídicas actuales, han precipitado la aparición de principios protectores del individuo, de las minorías y de los pueblos. Hoy no se acepta la dominación colonial, los derechos humanos fundamentales son protegidos internacionalmente, y la participación de todos los Estados en la formación y aplicación de las normas internacionales es más generalizada y, en tal sentido, más democrática que antes.

La comunidad internacional tiene mayor presencia que en el derecho clásico e impone ciertos valores e intereses comunitarios: algo semejante al orden público ha aparecido con las normas de *jus cogens* que aceptó la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y con las obligaciones *erga omnes* declaradas en el famoso *dictum* del fallo de la CIJ en el caso de la *Barcelona Traction*.

También ha habido nueva creación jurídica en el campo del derecho humanitario, o sea tocante a la protección de las víctimas de la guerra, particularmente como consecuencia de las Convenciones de Ginebra de 1949 y de los Protocolos adicionales de 1977, celebrados bajo la égida del Comité Internacional de la Cruz Roja.

⁹ *Id.*, p. 85.

Creemos que es esta mayor presencia de la comunidad internacional y consecuentemente esta creciente influencia de los intereses comunitarios, lo que ha promovido el cambio de espíritu que insufla el derecho de gentes actual.

Es así como en los nuevos ámbitos que ha abierto al derecho internacional el adelanto tecnológico, como los fondos marinos allende las jurisdicciones nacionales o el espacio ultraterrestre, han surgido principios poco probables antes de 1945: la caracterización de los recursos de "la Zona" como patrimonio común de la humanidad (artículo 136 y ss. de la Convención de las NU sobre derecho del mar), concepto que se hizo extensivo a los cuerpos celestes en el Tratado de la Luna, son un ejemplo notable.

En el mismo sentido, cabe apuntar que en el reciente desarrollo del derecho de protección internacional del medio ambiente han surgido principios igualmente sorprendentes para una óptica clásica: el del "interés común de la humanidad", aludido en el preámbulo de importantes convenciones multilaterales recientes, el de la "equidad intergeneracional" o el del *desarrollo sustentable* que inspiran la conservación de los recursos naturales.

Si se comparan algunas de estas convenciones modernas con el Tratado de Berlín de 1885, por el cual las principales potencias coloniales fijaron las reglas para su expansión a costa de las sociedades más débiles y atrasadas, como si fuera la cosa más natural del mundo, se podrá advertir la magnitud del cambio. Cambio que incluye, recientemente, los desarrollos relativos a la Corte Penal Internacional y al creciente juzgamiento y eventual castigo de los crímenes internacionales.

Capítulo 3

Fundamento del derecho internacional

1. *La validez del derecho internacional*

La cuestión del fundamento del derecho internacional es la de su validez: cuál es el fundamento de la validez del derecho de gentes y por ende, por qué obligan sus normas. La pregunta es particularmente delicada tratándose de un derecho que rige las relaciones de entidades soberanas, como los Estados.

a) *Teorías formalistas*

Hay doctrinas que buscan la respuesta a la anterior pregunta en la forma, más que en el contenido, del derecho internacional. Dentro de ellas, los voluntaristas y los normativistas.

i) Los voluntaristas

La premisa fundamental del voluntarismo es que las normas jurídicas son producto de la voluntad humana. Las normas de derecho interno derivan de la voluntad de una entidad que es superior porque ocupa la posición suprema en la sociedad: el Estado.

“Entre la forma y la materia, el positivismo voluntarista elige la primera. No retiene sino el aspecto *formal* del derecho... y considera... que no puede poner en tela de juicio el carácter jurídicamente obligatorio de una regla regularmente ‘puesta’”.¹

¹ Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier y Alain Pellet, *op. cit.*, p. 99.

La voluntad creadora de normas jurídicas debe necesariamente ser *autónoma*. Por hipótesis es una voluntad superior y desde el momento en que la fuerza obligatoria de ese derecho no depende de su contenido, aquella voluntad es de autonomía absoluta.²

No es de extrañar que las teorías voluntaristas encuentren que el fundamento de la obligatoriedad del DI es la voluntad del Estado, influenciadas como están por una concepción absoluta de su soberanía exterior, a la que encuentran incompatible con obligaciones impuestas en forma heterónoma por alguna voluntad o instancia superior.

Suelen también ser llamadas “subjetivistas” por cuanto la voluntad del Estado es un elemento subjetivo.

- La autolimitación de la voluntad (Jellinek)

La primera de las teorías voluntaristas es de Jellinek, que suele ser designada como de la “autolimitación” de la voluntad estatal. Se inspira en Hegel, quien dice que “los derechos que tienen los Estados contra otros derivan de sus voluntades particulares, no de una voluntad común constituida en vista de un poder sobre los Estados”.³

Jellinek sigue estas aguas y explica que, siendo el Estado soberano, no puede ser obligado por un poder extraño a sí mismo. Por lo tanto, el derecho internacional público no es sino el resultado de una autolimitación: el Estado por su propia voluntad se impone a sí mismo las obligaciones internacionales.

Así como un Estado puede autolimitarse en su derecho interno en relación con los individuos, así también puede hacerlo con respecto de otros Estados en el plano internacional. Los Estados son libres de mantener o no relaciones entre ellos si así lo quieren, pero si las mantienen deben aceptar los aspectos objetivos que rigen estas relaciones, que se convierten por voluntad estatal en normas limitativas de su voluntad.

Triepel, otro profesor de Berlín, lo critica: lo quiera o no Jellinek, aquellas relaciones entre Estados son necesarias, pues por el sólo hecho de coexistir, los Estados las mantienen. Por ende, y en tanto y en

² *Ibid.*

³ La expone en su obra *Grundlinien der Philosophie des Rechts* publicada en su tercera edición en Berlín, 1854.

cuanto esas relaciones sean necesarias, el derecho internacional también lo es.

O sea que *estaría en la naturaleza de las cosas* que un Estado entre en relaciones con los otros Estados por su mera situación de coexistencia. De allí que un aspecto de la crítica de Triepel sea que, por temor a aceptar un poder superior a los Estados, Jellinek introduce algo que para un positivista es mucho peor: introduce un fundamento de derecho natural.

Otro aspecto de la crítica es que si el fundamento del DI se encuentra exclusivamente en la voluntad del Estado, así como éste entró en la obligación, así también puede salir de ella por su sola voluntad. La voluntad de hoy puede sustituir a la voluntad de ayer.

Jellinek se había anticipado a esta crítica, al decir que la voluntad del Estado no habría de variar porque ella está firmemente dirigida a alcanzar los fines que persigue, y la voluntad de los Estados respecto a las relaciones internacionales es la de desarrollarlas. Eso daría estabilidad a la voluntad estatal. Pero esta defensa preventiva no fue considerada convincente por Triepel.

Resulta de ahí la segunda crítica de Triepel: el DI de Jellinek es más bien un conjunto de derechos públicos externos.

Dice Triepel que “es exacto, ciertamente, en el dominio de la ética, que la voluntad pueda someterse a sus propias órdenes, pero que una limitación jurídica pueda ser impuesta a un sujeto en relación con otro sujeto solamente por su propio mandato interno, lo tengo por una quimera.”⁴

- La voluntad común (Triepel)

El maestro Triepel no se contenta con criticar; propone su propia teoría también voluntarista. Para él, el fundamento del DI es también la voluntad estatal, pero no la individual de un Estado sino la voluntad común, la que él llama en alemán la *vereinbarung*, que define co-

⁴ *Droit international et droit interne*, p. 76

mo la manera por la cual varios sujetos se unen para obtener un resultado que satisfaga igualmente sus intereses similares o comunes. No incluye dentro de este dominio las estipulaciones de tipo sinalagmático, en las que la obligación de una parte se compensa con la contraprestación de la otra, porque según él no hay allí una voluntad común que se exprese sobre una misma cosa, sino voluntades complementarias.

Habría *vereinbarung* en los que se llamaron entonces *tratados-leyes*, y que ahora se denominan *tratados normativos*, o sea aquellos que imponen a sus Estados miembros normas generales.

Como ejemplos de voluntad común, Triepel menciona los siguientes: la declaración del Congreso de Viena sobre libertad de la navegación fluvial, las reglas sobre el rango de los agentes diplomáticos, la Declaración de París de 1856 sobre derecho del mar, la convención de Ginebra de 1864 sobre derecho humanitario, la convención de San Petersburgo de 1868, que prohíbe el empleo de ciertos proyectiles en caso de guerra, las disposiciones del Acta del Congo de 1865 sobre ocupación de territorios *res nullius* en África, las reglas antiesclavistas de Bruselas de 1890, etcétera.⁵

¿Cuál es, entonces, el aporte de Triepel a la doctrina voluntarista? Principalmente lo es su argumento de que si una regla ha sido creada por voluntad común, las obligaciones que ella impone no pueden ser derogadas sino por la misma voluntad común, que aunque es distinta de la voluntad individual de los Estados que la formaron, no es una voluntad completamente extranjera ni le impone por ende al Estado nada que no se haya él mismo impuesto. En esa voluntad común encuentra el Estado la valla a retirarse de sus obligaciones por su sola voluntad.

Por último, se pregunta Triepel si la voluntad común tiene fundamento a su vez en otra norma que establezca su capacidad de crear normas jurídicas y concluye en que semejante norma no se puede encontrar porque ella misma debería ser, a su vez, producto de una voluntad común.

⁵ Triepel, *op. cit.*, p. 76.

El fundamento de la costumbre

Lo anterior rige para los tratados, donde se advierte claramente la participación de la voluntad estatal. En cuanto a la costumbre, Triepel dice que la voluntad tiene dos modos de expresarse: por actos y por palabras. La forma más simple de la voluntad común es aquella en la cual los Estados declaran expresamente su voluntad por palabras. Esos son los tratados internacionales. Pero también hay otra forma, cuando los Estados *dan a entender por actos concluyentes que quieren estar ligados por una cierta regla de derecho*. Así se crea el derecho consuetudinario; la costumbre no sería para Triepel sino un acuerdo tácito.

Comentarios sobre Triepel

El concepto de fundamento en Triepel no puede sustraerse a las críticas de todo sistema voluntarista: en primer lugar, ¿por qué es obligatoria la voluntad común? El la ubica, como vimos, en la base misma del orden jurídico, pero según los normativistas no es ése su lugar. El acuerdo de voluntades, en todo ordenamiento jurídico, obliga porque hay una *norma de ese mismo ordenamiento que así lo impone*. Esa es la manera de pensar de los juristas: no hay un derecho subjetivo ni una obligación sin una norma que la imponga. En el derecho argentino, por ejemplo, la norma del artículo 1197 del Código Civil es el fundamento de validez de las obligaciones contractuales para las partes.⁶ En el derecho de gentes, Kelsen nos hace ver que la regla *pacta sunt servanda* se cumple y hace cumplir los tratados porque es ella misma una norma consuetudinaria internacional.

En el campo de la costumbre, también Triepel debe comulgar con la rueda de molino del acuerdo tácito como fundamento de su validez, tesis hoy día sólo sustentada por los voluntaristas.

ii) Las teorías normativistas

Las teorías normativistas buscan un fundamento al derecho internacional que esté en consonancia con la forma de pensar de los juristas, y emplean para ello un razonamiento peculiar a la lógica jurídica: el de

⁶ Artículo 1197: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma".

fundar la validez de una norma en una norma superior, y así llegar a otra norma que da fundamento a la obligatoriedad de todo el derecho internacional, llamada por eso mismo norma fundamental.

• La norma *pacta sunt servanda* como norma jurídica fundamental (Anzilotti)

Para el maestro italiano, la norma fundamental es la que se expresa por el adagio latino *pacta sunt servanda*, o sea que los pactos deben ser cumplidos.

Esto es natural en su pensamiento, que basa la fuerza obligatoria de las normas internacionales en el acuerdo entre los Estados: acuerdo expreso en el caso de los tratados y tácito en el de la costumbre.

Para Anzilotti, la observación de los hechos demuestra la existencia de un sistema regulador de la sociedad de Estados, que resulta sobre todo de dos elementos: de fuerzas dirigentes como la opinión pública y de normas de conducta que determinan los límites y la forma en que debe desenvolverse la actividad de los Estados en coexistencia.

“Una categoría especial de estas normas, ciertamente la más importante, está formada por aquellas que se constituyen mediante acuerdo, tácito o expreso, entre los Estados mismos; acuerdos con los cuales aquéllos recíprocamente convienen en comportarse de un modo determinado, de forma que *verificándose ciertas hipótesis*, ellos sean obligados a hacer o a no hacer una cosa y puedan avanzar sus correspondientes pretensiones”.⁷

El principio *pacta sunt servanda* no es susceptible de demostración del punto de vista normativo; *debe ser asumido como una hipótesis primaria e indemostrable* a la que necesariamente se remonta éste como cualquier otro orden de conocimiento humano. Considera Anzilotti que la demostración desde otro punto de vista (ético, político, etc.) es irrelevante para nuestra disciplina y que la norma fundamental determina cuáles son las normas que componen un ordenamiento jurídico dado.

⁷ Anzilotti, *Corso di Diritto Internazionale*, Padua, 1964, vol. I, p. 43. (Nuestra traducción.)

Lo que distingue al ordenamiento jurídico internacional del interno es que el principio *pacta sunt servanda* no reposa como en el derecho interno en una norma superior, sino que es él mismo una norma suprema; es el criterio formal que distingue las normas internacionales y le dan unidad.⁸

Comentario sobre Anzilotti

Anzilotti, a nuestro modo de ver, es un voluntarista apenas disimulado, porque en realidad su norma fundamental no hace más que expresar normativamente el mismo hecho básico de los voluntaristas, esto es, la voluntad del Estado como fundamento del derecho de gentes. Sólo que evade las objeciones que se hacen a los voluntaristas simplemente refugiándose en el carácter normativo de su premisa (necesidad de una norma que dé validez a la voluntad común) y en que esta norma tiene a su vez el carácter de una hipótesis indemostrable. Además, como necesidad del voluntarismo que subyace a su posición, Anzilotti debe también aceptar la naturaleza de la costumbre como un acuerdo tácito.

• La norma hipotética fundamental (Kelsen)

El maestro vienés, también normativista, difiere entre otras cosas de Anzilotti en que para él la norma *pacta sunt servanda* da fundamento al derecho de los tratados, pero no sirve para dar fundamento a la costumbre, que no sería un acuerdo tácito.

En realidad, la norma *pacta sunt servanda* es ella misma consuetudinaria y da validez a las obligaciones nacidas de los tratados porque se formó en la comunidad internacional la costumbre de que los tratados deben ser cumplidos.

Si la costumbre provee la norma fundamental de los tratados, ¿cuál es la norma básica de la costumbre? Pues es una norma que no pertenece al ordenamiento jurídico, porque si a él perteneciera debería existir una norma anterior que le dé a su vez validez, como inexorablemente lo reclama la teoría normativista, y así sucesivamente. Como ella no existe en el ordenamiento jurídico, es menester ponerla como hipótesis del fundamento de la costumbre, y por ello se llama “norma hipotética fundamental”.

⁸ *Id.*, pp. 43/44.

Así, entonces, la norma hipotética fundamental del derecho de gentes sería una que expresara algo así como que los Estados deben seguir comportándose como lo han venido haciendo hasta entonces.

Kelsen elabora mucho más esa idea: las fuentes de las normas jurídicas son otras normas que regulan su creación: en el derecho interno, "la Constitución de un Estado es la fuente de las leyes creadas conforme a la Constitución, una ley es la fuente de las decisiones judiciales basadas en ella, una decisión judicial es la fuente de la obligación impuesta a una de las partes, y así sucesivamente".⁹

El estrato normativo superior que es la Constitución crea un órgano encargado de dictar las leyes, el Parlamento, y un procedimiento para elaborarlas. Las normas generales (leyes) creadas por ese órgano son válidas si su contenido no está en contra de normas constitucionales sustantivas, por ejemplo, una ley que controle la prensa puede estar en contra de la libertad constitucional de expresión.

Las leyes crean otros órganos que pueden dictar normas jurídicas, como los jueces. Las sentencias judiciales son normas individuales dictadas por los órganos y según los procedimientos estipulados por las leyes procesales. Estas normas individuales pertenecen a un estrato inferior al de las leyes.¹⁰

Esta es la pirámide jurídica de un orden interno.

Llega entonces a la conclusión de que la costumbre *es un hecho creador de derecho* y que eso se expresa —para seguir con el método lógico-jurídico empleado— mediante una norma, que no es jurídica puesto que no pertenece al derecho positivo, que es hipotética porque su existencia debe ponerse como hipótesis para cerrar lógicamente el ciclo anteriormente descrito, y que es fundamental porque da validez a la última norma de la pirámide del derecho positivo internacional y con ello da fundamento al derecho de gentes.

⁹ Hans Kelsen, *Principios de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, 1965, p. 259.

¹⁰ El Poder Ejecutivo, creado por la Constitución, puede también dictar normas generales reglamentarias de leyes, por ejemplo, cuyo contenido no debe ser contrario al de dichas leyes, y puede dictar actos administrativos (normas individuales) en consecuencia de ciertas leyes o de la Constitución.

Creación espontánea de la costumbre

Roberto Ago sostuvo que, si bien los tratados tienen como fuente a la norma consuetudinaria *pacta sunt servanda*, la costumbre no se crea según un procedimiento establecido por una norma anterior, sino que aparece en forma espontánea. La costumbre, entonces, no tendría fuente y por ende plantearía automáticamente el problema de su identificación como norma del DI. Para Ago, para identificarlas bastaría comprobar si esas normas son efectivas, esto es, si se cumplen dentro de la comunidad internacional.¹¹ Julio Barberis sugiere que la pregunta por la fuente de la costumbre es una pregunta sin sentido¹² y nuestro análisis parece corroborarlo.

Comentario sobre Kelsen

La norma hipotética fundamental no es una norma jurídica, porque si lo fuera sería menesterosa a su vez de fundamento en otra norma, ésta a su vez en otra y así sucesivamente. No es entonces sino una hipótesis de trabajo, una confesión de que el derecho no puede encontrar en sí mismo un fundamento de su obligatoriedad y una renuncia a encontrarlo, lo cual no es de extrañar en un autor como Kelsen, que quiere purificar al derecho de toda otra consideración ajena a él. Como juristas, en suma, debemos respetar la lógica jurídica que nos dice que una norma encuentra su fundamento de validez en otra norma; cuando llegamos al límite inferior del derecho debemos detenernos, porque de proseguir estaríamos actuando no como juristas, sino como filósofos, teólogos o lo que fuere.

b) *Más allá del formalismo*

Las teorías que buscan un fundamento no formal del derecho de gentes tratan de encontrarlo en ciertos contenidos, que en una forma o en otra explican su obligatoriedad.

i) *El jusnaturalismo*

El jusnaturalismo proclama un fundamento para el derecho interna-

¹¹ En "Diritto Positivo e diritto internazionale", *Scritti di diritto internazionali in onore di Tomaso Perassi*, Milán, 1957, vol. I, p. 44. Citado por Julio Barberis, *op. cit.*, p. 75.

¹² *Op. cit.*, p. 77.

cional que es coherente con su concepción del derecho en general: para los jusnaturalistas religiosos, cuya cumbre es Santo Tomás de Aquino, el derecho natural es fruto de nuestra percepción de la ley eterna y ésta es parte de la ley divina, que rige todo el universo. La teoría es clara: el derecho positivo forma parte de un sistema en el que la ley divina es el fundamento último.

✓ Grocio, en cambio, sin renegar de su fe cristiana, encuentra que el derecho natural consiste en ciertos principios de la recta razón que nos hacen ver que una acción es honesta o deshonesta según esté o no de acuerdo con una naturaleza razonable o sociable. Para Grocio hay un derecho natural y un derecho voluntario: éste se fundamenta en aquél porque procede válidamente de la voluntad de los Estados y la regla *pacta sunt servanda* es un principio de derecho natural. Por lo demás, su obligatoriedad sólo existe si su contenido se conforma con los otros principios del derecho natural.

ii) El neo-jusnaturalismo (Verdross, Le Fur)

Verdross encuentra que fórmulas como las de Anzilotti o de Kelsen tienen que dar por supuesto que existen los Estados y que éstos forman una comunidad. Al prescindir del trasfondo sociológico y jusnaturalista, son por ende fórmulas vacías. Propone entonces partir de los *principios jurídicos* que los pueblos civilizados reconocen normalmente,

“...toda vez que las normas del DI positivo se han ido constituyendo sobre la base de la conciencia común de los pueblos. Ejemplo claro de ello es el viejo DI de la cultura mediterránea, que brotó del *jus gentium* de la antigüedad. El mismo proceso se repite en la Edad Media: también el DI de entonces tiene como base los *principios jurídicos comunes del mundo cristiano*.”¹³

Piensa Verdross que tales principios

“tomados de los ordenamientos jurídicos incorporados, rigen ya, por consiguiente, antes de que el DI haya producido normas propias por la vía consuetudinaria o contractual”.

¹³ Verdross, *Derecho internacional público*, Madrid, 1955, p. 36.

Sostiene que todo uso presupone principios jurídicos y que el derecho convencional se basa en el principio de la buena fe y “no en el uso, que muchas veces lo infringe”.¹⁴

Para Verdross, entonces, “la norma fundamental del DI exige de los sujetos del mismo que acaten, por tradición y por convención, los principios jurídicos de referencia y sus determinaciones próximas.”

Le Fur emite una opinión muy parecida, ya que encuentra que la norma *pacta sunt servanda* no es suficiente para fundamentar el DI, desde que ella misma es menesterosa de fundamento. Lo encuentra en una especie de orden público internacional cuyo contenido estaría dado por los principios generales del derecho.

Verdross y Le Fur encarnarían un neojusnaturalismo, ya que deducen de ciertos principios puestos en una instancia objetiva y superior todo el orden jurídico internacional.

iii) El objetivismo

Las normas jurídicas son obligatorias porque son impuestas por las necesidades sociales: su contenido es necesario, tanto como lo es su carácter obligatorio.

Para León Duguit, las normas jurídicas forman parte de una categoría más amplia, las normas sociales, cuyo objeto es preservar a las sociedades humanas. Como el hombre es un ser social, que vive necesariamente en sociedad, aquella categoría de normas es necesaria. Dentro de ellas, las que dan origen a una sanción que aplica la coacción organizada por su incumplimiento, son normas jurídicas. El proceso de formación tiene lugar a través del conjunto de *individuos* que forman la sociedad y que advierten que tales normas son tan esenciales para la vida societaria que la fuerza se hace necesaria para sancionar su incumplimiento.

Añade Duguit más adelante que aquel conjunto de individuos no solamente deberá percibir la aplicación de la coacción organizada como necesaria, sino también como *justa* —no de una justicia inmutable en el tiempo y espacio, sino cambiante con los tiempos y con los lugares— con lo cual se introduce en su concepción un juicio de valor.

¹⁴ *Ibid.*

Son, entonces, las normas jurídicas una clase más importante que las otras de las normas sociales, necesarias para mantener lo que Duguit llama la *solidaridad social*, y tienen un carácter de derecho objetivo porque son obligatorias para todos y su formación no depende de la voluntad del Estado.

En el orden internacional, las normas responden a una necesidad *intersocial*, dentro de un proceso de creación paralelo al anteriormente descrito.

Un continuador de la escuela de Duguit, aunque con considerables variaciones, es en Francia Georges Scelle.

Capítulo 4

Derecho internacional y derecho interno

1. Introducción

Al abordar este tema, conviene puntualizar que hablamos de un derecho internacional y de muchos derechos internos, tantos como Estados agrupe la comunidad internacional.

¿Cuál es la relación entre el uno y los otros? A ese respecto, existen dos posiciones: una que sostiene la separación e independencia del DIP y de los órdenes jurídicos internos (teoría dualista) y otra que afirma que el derecho de gentes y los derechos internos forman un solo orden jurídico (teoría monista).

Asimismo, esta última teoría admite dos variantes: la de los que sostienen la primacía del DI sobre el interno y a la inversa, la de los que creen que el derecho interno prevalece sobre el internacional.

2. La tesis dualista ✓

a) Triepel

Esta posición se origina en nuestro conocido profesor Hans Triepel, quien en 1899 trató el tema en su libro *Volkerrechts und Landesrecht* y fue reafirmada en 1905 por Anzilotti.¹ Ambos postularon la separación completa entre los órdenes jurídicos internos y el internacional.

¹ En su obra *Il Diritto Internazionale nel giudizi interni*.

Esto es así, dice Triepel, porque tienen diferentes fundamentos, distintos sujetos y existe una diferencia de relación en ambos casos. Así como el derecho interno tiene como fundamento la voluntad de un solo Estado, el DI tiene como fundamento –ya lo vimos antes– la voluntad común de los Estados; los sujetos del derecho interno son los individuos y los del DI son los Estados y por último la relación es de subordinación entre el Estado –que crea el derecho– y los individuos en el orden interno, mientras que en el internacional la relación es de coordinación entre los Estados.

i) La transformación del derecho internacional en interno

El DI, por reglar las relaciones entre los Estados, no puede aplicarse directamente a los individuos súbditos de ninguno de ellos sino que exige su *transformación* en derecho interno. O sea que, para que una norma de derecho internacional sea aplicable a un individuo, es menester que el Estado en cuestión haya dictado una ley interna con el mismo contenido que el tratado.

Sostiene Triepel que, en realidad, un tratado internacional no es nunca un medio de creación de derecho interno, sino una invitación a crearlo: una fuente de derecho internacional es tan incapaz de crear por sí misma una regla interna como una fuente de derecho interno de producir por sí misma una norma de DIP.

b) Anzilotti

El maestro italiano era de opinión que, como emanan de normas fundamentales diferentes, el DI y el interno son órdenes separados.

“La norma fundamental, según la cual los Estados deben comportarse como lo han convenido con los otros Estados, constituye el criterio determinante de cuáles son las normas que componen el ordenamiento jurídico internacional y lo distingue formalmente de las normas pertenecientes a los varios ordenamientos jurídicos internos.”

Como consecuencia de lo anterior,

“las normas internacionales no pueden influir sobre el valor obligatorio de las normas internas, y viceversa.”

En efecto, un argumento que utilizan los dualistas para demostrar la separación e independencia de ambos tipos de ordenamiento es que en la práctica internacional, una ley interna que esté en contradicción con una obligación internacional del Estado que la adoptó no es por ello nula. Sigue vigente y en todo caso acarrea la responsabilidad del Estado en cuestión en el plano del derecho de gentes. Ello probaría la separación de ambos órdenes jurídicos.

Asimismo, agrega Anzilotti que “no puede haber conflictos, propiamente hablando, entre el DI y el derecho interno” pero en cambio que entre uno y otro orden jurídico pueden existir reenvíos y recepciones.

3. Las teorías monistas

a) Kelsen

Opuestas al pluralismo, las teorías monistas creen en la existencia de un solo orden jurídico universal. La principal escuela monista es la de Viena, representada por el profesor Kelsen, que como sabemos encuentra que el fundamento de un orden jurídico es una norma hipotética fundamental, y es dicha norma lo que da unidad a un sistema jurídico.

Respecto a los argumentos de Triepel y Anzilotti arriba expuestos, Kelsen responde que:

- El comportamiento de un Estado se reduce al comportamiento de los individuos que representan al Estado. La pretendida diferencia respecto al contenido del DIP y del derecho nacional “no puede ser una diferencia entre la clase de sujetos cuya conducta regulan.”²
- En cuanto a la diferencia de contenido, y que el derecho interno se ocuparía de los asuntos internos y el internacional de las relaciones externas, es imposible distinguir los llamados asuntos internos de los asuntos exteriores. Según una bien conocida jurisprudencia de la Corte de La Haya, todo asunto de los conocidos como “internos” puede ser objeto de un tratado internacional y salir así del dominio reservado del Estado. Kelsen cita el ejem-

² *Op. cit.*, p. 346.

plo de la relación entre patronos y obreros, que es aparentemente un asunto interno y regulado por leyes también internas. En cuanto un Estado firma un tratado sobre la regulación de esas relaciones, se convierte en un asunto internacional.³

Analiza el profesor vienes el fundamento de los derechos internos y encuentra, remontándose en su conocida pirámide jurídica, que su primera norma es la que ordena obedecer al legislador originario, al que impuso la primera Constitución.

Pero al mismo tiempo, esa primera Constitución sólo será válida si es efectiva, es decir si en general se cumple.

“...nosotros presuponemos la primera Constitución como una norma válida solamente bajo la condición de que el orden jurídico establecido sobre la base de esta Constitución sea, de una manera general, efectivo, esto es, que sea efectivamente aplicado y obedecido. Esto resulta manifiesto en caso de revolución.”⁴

El derecho de gentes reconoce a un Estado cuando su orden jurídico es efectivo, en aplicación de una conocida norma consuetudinaria internacional conocida como *principio de efectividad*. De allí deduce Kelsen que el fundamento de esa primera norma del derecho interno se encuentra en el derecho de gentes.

Es, entonces, la norma fundamental del derecho internacional la que fundamenta el sistema jurídico único. Por lo demás,

“no es posible, desde el punto de vista lógico, sostener que normas válidas simultáneamente pertenezcan a sistemas distintos e independientes entre sí. Los pluralistas no niegan que las normas del derecho internacional y las del derecho nacional sean simultáneamente válidas. Por el contrario, admitiendo que ambos órdenes jurídicos son simultáneamente válidos, sostienen que uno es válido independientemente del otro, lo que significa que no existe relación alguna entre los dos siste-

³ *Id.*, p. 347

⁴ *Id.*, p. 352.

mas de normas válidas. Esto, sin embargo, como veremos, implica una contradicción”.⁵

Cuando diversos sistemas normativos, como los derechos internos, pertenecen a un sistema único, deben estar coordinados o en subordinación. Si están coordinados, tales sistemas suponen la existencia de un tercero distinto que delimita sus respectivas esferas de validez. Por tal razón, y por ser el derecho internacional el que provee a los derechos internos de su norma fundamental relativa, es que aquél tiene primacía sobre éstos.

Originariamente, Kelsen no se pronunció por la primacía del DIP, al decir que tendría esa superioridad el orden jurídico en el que se encontrara la norma fundamental suprema. Luego ubicó esta norma fundamental suprema como dando fundamento al DIP.

Tocante el argumento de la continua validez de normas internas opuestas a una obligación internacional, Kelsen desarrolla una larga argumentación tendiente a demostrar que tal situación es corriente en el derecho. En un sistema interno, por ejemplo, las leyes contrarias a la Constitución no son nulas y sin valor *ab initio*: mientras la ley no se anule, permanecerá válida.⁶

“El acto ilícito no está en contradicción con el derecho; no es una negación de éste, es una condición determinada por el derecho...La elaboración de una determinada norma podrá ser –de acuerdo con otra norma superior– un acto ilícito y exponer a su autor a una sanción, pero esa norma podrá –también de acuerdo con otra norma superior– ser válida, no sólo en el sentido de que podrá continuar siendo válida mientras no sea anulada, sino también en el sentido de que no podrá ser anulable simplemente por el hecho de tener su origen en un acto ilícito. Esto es exactamente lo que ocurre en la relación entre derecho internacional y derecho interno.”⁷

⁵ *Id.*, p. 346.

⁶ *Id.*, p. 361.

⁷ *Id.*, p. 362.

4. La práctica internacional

Hay por cierto un creciente campo de aplicación del derecho internacional en el orden interno y cada vez más los particulares pueden invocar derechos que les otorgan tratados internacionales de sus países, particularmente en los casos de integración regional, como viene pasando desde hace un tiempo en Europa con su adelantado proceso de integración y está sucediendo actualmente en la Argentina como consecuencia del Mercosur.

Los problemas de adaptación al plano doméstico de las normas del derecho de gentes han sido abordados de diferentes maneras en los derechos internos de los Estados, pues es normalmente en sus órganos jurisdiccionales que estos problemas se presentan.

Hay que distinguir también según que se trate del derecho consuetudinario y de los tratados, ya que en este último caso se presentan cuestiones relativas a la limitación constitucional del llamado *treaty making power*, limitaciones tendientes a impedir que a través del mencionado poder del Ejecutivo de celebrar tratados éste invada facultades propias del Poder Legislativo.

La cuestión doctrinaria en la práctica se desdibuja un poco. Una posición estrictamente dualista, que exigiría que las disposiciones de un tratado fueran repetidas en el texto de una ley para tener validez interna sería difícil de encontrar en el derecho constitucional comparado. Generalmente, la participación legislativa se requiere *antes de que el tratado adquiera validez y sea, por ende, obligatorio para el Estado*. En la Argentina, la ley del Congreso que aprueba un tratado es ley de carácter formal, no sustantiva, y significa meramente que el Congreso autoriza al Ejecutivo para ratificar el tratado en cuestión. Sólo después de este trámite el tratado es obligatorio para el país. En Estados Unidos es el Senado el que presta un similar consentimiento, y esa intervención del Senado, amén de ser, como en la Argentina, previa al tratado, no tiene el carácter de una ley interna desde que sólo una de las Cámaras participa.

Estas maneras parecen técnicas de participación del Poder Legislativo en la aprobación de un tratado por razones constitucionales prácticas y no configurarían un sistema dualista *stricto sensu* en el que es

indispensable que las normas de un tratado sean recogidas *a novo* por el mecanismo legislativo de un Estado.

Otro problema conexo es el de la necesidad, en algunos casos, de leyes internas que posibiliten la ejecución de tratados internacionales. En ciertos casos, los tratados las exigen; en otros surge de la necesidad cuando los tratados por su naturaleza no son *self-executing*. Al igual que las leyes internas requieren, por su generalidad, ser reglamentadas por el Poder Ejecutivo, algunos tratados deben ser complementados por leyes internas que los hagan aplicables.⁸ En todo caso, la inadecuación al derecho internacional de una norma interna no supone, como hemos visto, su automática nulidad ni su derogación. De hecho, pueden seguir coexistiendo aunque, naturalmente, el Estado en cuestión podrá tener responsabilidad en el plano internacional.

Conviene pasar revista, aunque sea sumariamente, al panorama constitucional de algunos sistemas jurídicos importantes, para tener una idea de cómo funciona el mecanismo de adaptación del derecho internacional al derecho interno. Asimismo, examinar también cómo han tratado la cuestión los tribunales internacionales.

a) Las Constituciones nacionales

i) El Reino Unido

La costumbre internacional es parte del *common law* de Inglaterra, según lo dice Blackstone en sus *Comentarios* ("*international law is the law of the land*")

"el derecho de gentes es adoptado en plenitud por el derecho de Inglaterra y cuando se plantee cualquier cuestión que corresponda a su jurisdicción se sostiene que es parte del derecho interno".⁹

No hay, por ende, necesidad alguna de transformación del derecho internacional consuetudinario en derecho interno.

⁸ Ver, un poco más adelante, el caso *Gregorio Alonso c/Haras Los Cardos*, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

⁹ Blackstone, *Commentaries on the Law of England*, Londres, cuarta edición, Vol. IV, p. 55. (Nuestra traducción.)

En cambio, los tratados que afectan derechos privados, o que modifican el *common law*, o imponen cargas financieras deben ser objeto de una ley aprobatoria para formar parte del derecho interno. Jiménez de Aréchaga lo explica diciendo que es así porque, siendo la conclusión y ratificación de tratados, por una disposición constitucional británica, prerrogativa exclusiva de la Corona, ésta podría, a través del *treaty making power*, legislar en los casos indicados sin concurrencia del Parlamento e invadiría así sus facultades legislativas. De ahí la prohibición.

La aprobación parlamentaria se realiza *antes de que las disposiciones del tratado sean para el Reino Unido normas internacionales vigentes*, puesto que no se han cumplido, cuando esa aprobación se otorga, los pasos necesarios para la validez internacional de aquellas normas. Quedaría, además, sin explicación el caso de los tratados que no incurren en las tres prohibiciones citadas (afectar derechos privados, modificar el *common law* o crear cargas financieras), tratados que se aplican sin más y directamente a los individuos.

Por lo demás, hay una presunción *juris tantum* en sentido de que el Parlamento no ha tenido el propósito de ir contra un tratado internacional, de forma que los jueces a su vez deben tratar de interpretar la relación entre tratado y estatuto (ley del Parlamento) en forma que, de ser posible, no haya conflicto.

ii) Estados Unidos

En los Estados Unidos, la costumbre internacional es parte del derecho interno, como en el Reino Unido, puesto que su *common law* se origina en el inglés. No se requiere, por ende, transformación alguna de esas normas que se aplican directamente a los súbditos norteamericanos.

Los tratados aprobados por el Senado y debidamente ratificados son parte del derecho interno, aun cuando estén en conflicto con legislación interna *previa* al tratado, a la que derogan. La Constitución, en cambio, tiene supremacía.

“esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se promulguen y todos los tratados estipulados o que se estipulen bajo la autoridad de los Estados Unidos serán la suprema ley del país.

Los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiere alguna disposición contraria en su Constitución o en los Códigos de los Estados.”

Naturalmente, la intervención del Senado no equivale, en modo alguno, a una ley, que debe ser dictada por ambas cámaras y promulgada por el Poder Ejecutivo. Por ende, no hay *transformación* de la norma internacional en norma interna.

iii) Alemania

El artículo 25 de la Constitución alemana actual dice:

“las reglas generales del derecho internacional público son parte del derecho federal. Ellas prevalecen sobre las leyes y producen en forma inmediata derechos y deberes para los habitantes del territorio federal.”

Obviamente, el derecho internacional general es parte del derecho interno alemán.

iv) Italia

El artículo 10 de la Constitución establece que:

“el ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocido.”

Se trata de una adaptación automática, esto es, sin necesidad alguna de un acto interno.

v) Francia

“Los tribunales franceses han considerado las reglas del derecho internacional consuetudinario como directamente aplicables toda vez que fueran relevantes a la solución del problema en cuestión y para el cual no hubiera ley o reglamento aplicable. No han sido en absoluto influenciados por la doctrina ‘dualista’, que hubiera requerido previa transformación de las normas internacionales como requisito de su aplicación judicial”.¹⁰

¹⁰ Jiménez de Aréchaga, *Curso de derecho internacional público*, Centro de Estudios de Derecho, Montevideo, 1959, p. 195.

Tocante los tratados, ellos son aplicables directamente a los individuos en virtud del artículo 26 de la Constitución de 1946, "sin necesidad de que se los incorpore en una ley o decreto".¹¹

Naturalmente, las disposiciones de los tratados en cuestión deben ser lo suficientemente detalladas como para ser aplicables sin necesidad de una reglamentación más detallada. De lo contrario, habrá que esperar a que dicha reglamentación las haga funcionales.

vi) La Constitución argentina

Tampoco nuestra Constitución, ni antes ni después de la reforma de 1994, requiere de la transformación de las normas internacionales en internas para que puedan ser aplicadas a los individuos, súbditos de la República. En realidad, un tratado del cual la República sea parte, se aplicará directamente si es *operativo*, esto es, si sus normas pueden aplicarse sin condicionamientos especiales ni necesidad de reglamentación interna.

En cuanto a los tratados

Dos casos ilustrarán lo anterior, en relación con los tratados. Uno es el de *Gregorio Alonso c/Haras Los Cardos*¹² en la que una convención internacional en materia laboral cambiaba el régimen de reparación por accidentes del trabajo en la agricultura. La Corte Suprema encontró que la ratificación por la Argentina de tal convención no derogaba automáticamente la aplicación de la ley 9688 por cuanto aquella convención obligaba a las partes a "tomar las medidas necesarias para hacer efectivas sus disposiciones." Tales medidas consistían, precisamente, en la sanción de una ley que reglamentara "en forma clara y concreta los derechos y obligaciones de los asalariados agrícolas" y no implicaban la transformación del derecho internacional en interno.

El otro fallo es el de "SA Quebrachales fusionados c/ capitán, armadores y dueños del vapor nacional Aguila"¹³, en el que la Corte Suprema decidió que ciertas reglas de la Convención de Bruselas de 1910 sobre abordaje, asistencia y salvamento marítimos fueran incorpora-

¹¹ *Id.*, p.196.

¹² Fallos: 186:258. Citado en Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez Posse, *op. cit.*, p. 66.

¹³ Fallos: 150:80, también citado en la obra referida en la nota anterior.

das directamente al Código de Comercio "por la ley aprobatoria respectiva, 11.132".

La Suprema Corte también aplicó el mismo criterio al artículo III, 1 de la Convención Universal de Ginebra sobre derecho de autor, en modificación de la ley argentina sobre propiedad intelectual y al artículo 31, c) de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas.¹⁴

Respecto a la costumbre

La costumbre internacional también se aplica directamente en el derecho argentino, no obstante que la Constitución no contiene referencia expresa al respecto. La ley 48, de 1863, dice en su artículo 21 que los tribunales federales deben aplicar la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes del Congreso, los tratados, las leyes de las provincias y los principios de derecho internacional, en ese orden.

Sin embargo, no es ésa la interpretación que estableció la Suprema Corte de la Nación en su jurisprudencia.¹⁵ El caso *Manauta*, Juan José y otros c/Embajada de la Federación Rusa s/daños y perjuicios es ilustrativo al respecto.

En su considerando 9),¹⁶ la Corte resume su jurisprudencia respecto a la aplicación del principio de inmunidad de jurisdicción de los Estados, o sea de la *aplicación interna de una costumbre internacional*, que había sido constante en el sentido de la inmunidad absoluta de jurisdicción. Interesa tomar nota del porqué de esa línea jurisprudencial de la Corte, expresada en el mismo considerando:

¹⁴ Respectivamente, en los casos de SA Editorial Noguét, Fallos: 252:262 y Martínez, Enrique M. c/Ramos, José I. s/despido, Fallos: 284:28, también citados como en las dos notas anteriores.

¹⁵ Una exposición más completa de este punto puede verse en la obra de Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez Posse ya citada, pp. 67 a 71. Se llega allí a la conclusión de que, en efecto, la Corte Suprema de la Nación ha aplicado la costumbre internacional directamente en numerosos fallos. "A través de frecuentes invocaciones al 'derecho de gentes', la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho directa aplicación de normas consagradas por la costumbre internacional y se ha pronunciado con la convicción de que 'la jurisdicción que se le ha acordado, en los términos de los arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional, respecto de las 'causas' o 'asuntos' concernientes a los Embajadores y Ministros extranjeros lo ha sido con arreglo al derecho de gentes y en garantía del más eficaz cumplimiento de las altas funciones de aquellos' (Fallos, 244:255; 284:28)". Los artículos citados tienen la numeración anterior a la reforma.

¹⁶ Fallos: 317: 1880.

“Al reconocer la inmunidad de jurisdicción la Corte siempre consideró que lo hacía porque debía actuar ‘según los principios del derecho de gentes; de modo que no resulten violadas las bases del orden público internacional’, que son de aplicación prioritaria (Fallos: 295:176) pues el desconocimiento de los principios que rigen las relaciones diplomáticas internacionales no tendría otro desenlace que conducir al aislamiento de nuestro país en el concierto de las naciones.”

Lo interesante de este fallo, que gira alrededor de la interpretación del artículo 24, inciso 1º, párrafo 2º, del decreto-ley 1285/58,¹⁷ es que la Corte cambia su jurisprudencia respecto a la inmunidad absoluta de jurisdicción de los Estados extranjeros en la Argentina, *porque la costumbre internacional al respecto también cambió*. La Corte sostiene en su considerando 7º) que:

“la doctrina establecida desde antiguo por el Tribunal, en el sentido de reconocer a los Estados extranjeros el privilegio de la inmunidad absoluta de jurisdicción no encontraba su origen en la citada norma legal –posterior a dicha doctrina y limitada a la jurisdicción originaria– sino en un principio de derecho internacional público que impedía que en cualquier tipo de causas un Estado extranjero pudiera ser llevado –sin su consentimiento– ante los tribunales de otro país. (Confr. Fallos: 123:58; 125:40; 178:173; 292:461, entre otros)” (Bastardillas añadidas).

Habiendo encontrado la Corte, tras un correcto análisis de la práctica internacional, que ese principio establecido por la vía consuetudinaria había cambiado, que ahora se distinguía entre actos *juri gestionis* y *juri imperii*¹⁸ y que la inmunidad sólo correspondía a los últimos.

¹⁷ Su texto es el que sigue: “No se dará curso a la demanda contra un Estado extranjero sin requerir previamente de su representante diplomático, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, la conformidad de aquel país para ser sometido a juicio.”

¹⁸ Más o menos equivalente a los “comerciales” y “no comerciales” de las leyes anglosajonas, o los actos del Estado como *ente politico* o *ente civile* de los italianos.

Resultaría de interés, en una investigación más específica que la que alienta este libro, averiguar qué papel juega el texto citado del artículo 24. Porque aunque la Corte diga que su jurisprudencia no se debía al citado artículo, el hecho es que la disposición legal, desde su promulgación, fue paralela a la jurisprudencia de la Corte y que cuando cambió la costumbre internacional fue parcialmente derogada. En tal caso, podría decirse que la costumbre internacional es superior a la ley interna según el ordenamiento jurídico argentino.

b) *En el ámbito internacional*

En el derecho de gentes, tanto la jurisprudencia invariable de los tribunales internacionales como el sistema de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados consagran la primacía de las normas del derecho internacional en caso de conflicto con normas internas. En suma, los Estados tienen la obligación internacional de adaptar su derecho interno al derecho de gentes, so pena de que se origine responsabilidad internacional del Estado.

Fitzmaurice dice, respecto a la supremacía del derecho de gentes sobre el interno:

“Este es, por cierto, uno de los grandes principios del derecho internacional, que informa todo su sistema y que se aplica a todas sus ramas, incluyendo naturalmente el derecho de los tratados. Sin él, el derecho de gentes no podría funcionar desde que no le faltarían los medios a ningún Estado para evitar o eludir sus obligaciones internacionales”.¹⁹

Es importante subrayar que para los tribunales internacionales, el derecho interno es considerado como un hecho, tal como lo establece la CPJI en el caso de los *Intereses alemanes en la Alta Silesia polaca*, de 1926:

“desde el punto de vista del DI y del Tribunal que es su órgano, las leyes internas son simples hechos, manifestaciones de la voluntad y de la actividad del Estado, de la misma manera que sus resoluciones judicia-

¹⁹ *Academie de Droit International. Recueil des Cours*, 1957, II, p. 86. (Traducción nuestra.)

les o sus medidas administrativas. El Tribunal no está llamado a interpretar la ley polaca como tal, pero nada impide que se pronuncie sobre la cuestión de si, al aplicar dicha ley, obra o no Polonia de conformidad con las obligaciones que la Convención de Ginebra le impone respecto a Alemania".²⁰

En idéntico sentido, la CPJI en el caso del *Tratamiento de nacionales polacos en Danzig*:

"Debe... observarse que...de acuerdo con principios jurídicos generales ... un Estado no puede alegar contra otro Estado su propia Constitución con vistas a evadir obligaciones que le incumben de acuerdo con el derecho internacional o con tratados vigentes...".²¹

En el caso de las *Pesquerías anglo-noruegas*, Lord McNair dijo que:

"es una regla bien establecida que el Estado nunca puede alegar una disposición, o la falta de una disposición, en su derecho interno, o un acto u omisión de su poder ejecutivo como defensa contra un cargo de violación del derecho internacional. Esto se decidió desde 1870 en el arbitraje en Ginebra, en el caso de las reclamaciones del Alabama...".²²

La Convención de Viena en su artículo 27, dice que:

"Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46."

El artículo 27 trata de la observancia de los tratados, y el 46 está en la parte de nulidades. Es aquí donde la Convención trae la única excepción a la disposición anterior, en su inciso 1.

"El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su

²⁰ CPJI, Serie a, N° 7, p. 19.

²¹ CPJI, Serie A/B N° 44, p. 24 (Traducción nuestra.)

²² ICJ Reports, 1951, p. 181. (Traducción nuestra.)

derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental en su derecho interno."

Y en su segundo inciso aclara el concepto de "violación manifiesta":

"Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica habitual y de buena fe."

La regla general está en el artículo 26 y la excepción es discutible y de escasa utilidad práctica. ¿Cómo podría argüir de buena fe el Estado que pide la nulidad del tratado, que no conocía la violación manifiesta que representaba la conclusión del tratado por su propio órgano incompetente, cuando dicha violación debe ser manifiesta para "cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica habitual y de buena fe"?

5. Algunas conclusiones

Este somero examen nos hace ver que las Constituciones de algunos países de primera importancia aceptan que el derecho internacional es, a) incorporado como parte del derecho interno y b) tiene supremacía sobre éste. La reiterada jurisprudencia y otra práctica internacional citada son claras en el sentido de que en el ámbito internacional, a) el derecho interno es simplemente un hecho a tener en cuenta y b) en caso de conflicto entre uno y otro, prevalece *invariablemente el derecho internacional*.

Capítulo 5

La relación entre los tratados internacionales y el derecho argentino

Consideramos conveniente considerar separadamente la relación entre tratados y costumbre con el derecho interno argentino.

1. Antes de la reforma de 1994

a) *El sistema normativo*

Las dos normas pertinentes de la parte dogmática eran el artículo 27, según el cual los tratados deben estar “en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”, y el artículo 31, según el cual la Constitución, las leyes y los tratados internacionales “son la ley suprema de la Nación”.

b) *La jurisprudencia*

i) Hasta el caso “Ekmedjián”

Aquella normativa dejó a la interpretación jurisprudencial aspectos de importancia, como la jerarquía entre los tipos de normas que son “ley suprema de la Nación”: la Constitución, las leyes y los tratados.

Desde el caso *Martín y Cía. Ltda. c/ Administración Gral. de Puertos*,¹ y “Esso”² determinó la Corte que ni el artículo 31 ni el 100³ de la

¹ Fallos 257:99.

² Fallos 271:7.

³ Actuales artículos 116 y 117.

Constitución Nacional atribuyen superioridad a los tratados respecto a las leyes del Congreso Nacional. Leyes y tratados son igualmente calificados como "ley suprema de la Nación" y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno.

El principio aplicable al conflicto entre norma de tratado y ley del Congreso Nacional era: *leges posteriores priores abrogant*.

Esta solución, conocida como "last in time doctrine", había sido adoptada por la Corte Suprema de los Estados Unidos desde 1870, cuando en el caso "Cherokee Tobacco" un tratado con los cherokees en 1866 aparecía en contradicción con una ley posterior.

"Indudablemente —dijo la Corte— uno de ellos debe ceder. La contradicción es clara y no pueden permanecer juntos".⁴

A partir de allí, la doctrina afirmada en casos posteriores por la misma Corte Suprema norteamericana⁵, sostenía que:

"Según la Constitución, un tratado está ubicado en el mismo rango, y constituye una obligación igual a una ley... Cuando un tratado y una ley versan sobre el mismo objeto, los tribunales deben siempre procurar dar efecto a ambos, si es que esto puede ser hecho sin violar la letra de ninguno; pero, si los dos son incompatibles, el último en el tiempo debe prevalecer sobre el otro".⁶

Volviendo a nuestro derecho, es claro que esta doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, si bien podía generar responsabilidad internacional para el Estado argentino en caso de que se hiciera prevalecer una disposición constitucional sobre un tratado, por no contem-

⁴ 78 U.S. (11 Wall.) 616 (1870)

⁵ "Head Money Cases" (112 U.S. 580 (1844), "Whitney v. Robertson" (124 U.S. 190 (1888)).

⁶ Glennon, Michael J., *op. cit.*, pág. 232 y ss. "By the Constitution, a treaty is placed on the same footing, and made of like obligation, with an act of legislation... When (treaty and statute) relate to the same subject, the courts will always endeavor to construe them so as to give effect to both, if that can be done without violating the language of either; but, if the two are inconsistent, the one last in date will control the other."

plar el principio *pacta sunt servanda* en el ámbito internacional, no producía conflictos de derecho interno: la supremacía constitucional sobre leyes y tratados estaba fuera de discusión⁷, y el conflicto entre leyes y tratados se resolvía de la manera antes indicada.

ii) El primer gran cambio, el caso Ekmedjian

En 1980 se incorporó la Convención de Viena sobre derecho de los tratados al ordenamiento nacional (ley n° 19.895). Por tanto, se ratificaron por tratado dos principios que ya estaban incorporados a nuestro derecho positivo por virtud de la costumbre internacional. También se incorporó, a través de la dicha Convención, la excepción a uno de ellos:

- (a) El principio *pacta sunt servanda* aplicable a los tratados internacionales (art. 26).
- (b) La prohibición de alegar el derecho interno para justificar el incumplimiento de tratados (art. 27).
- (c) La excepción a este principio por violación manifiesta de una norma fundamental de derecho interno relativa a la competencia para celebrar tratados (art. 46).

En relación con lo anterior, en el caso *Ekmedjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros*, que se decidió en 1992,⁸ la Corte sostuvo en un *obiter dictum* sobre las relaciones entre el derecho internacional y el interno, que:

"...acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración que la República Argentina reconoce", ... "ya no es exacta la proposición jurídica según la cual no existe fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la ley".

El cambio jurisprudencial encuentra, para la Corte, un doble fundamento:

- De derecho constitucional, pues considera a los tratados internacionales orgánicamente federales, y a su celebración "un acto

⁷ En este sentido: Bielsa, Rafael, "Observaciones sumarias sobre algunos puntos de derecho público concernientes al carácter jurídico de ciertas leyes", Revista *La Ley*, 120, Octubre-Diciembre 1965, p. 1079.

⁸ E. 64 XXIII. *La Ley*, 1992-C, 541.

complejo federal" dado que los concluye y firma el presidente, los aprueba o desecha el Congreso mediante una ley federal, y los ratifica posteriormente el titular del PEN. En consecuencia, la Corte concluyó que

"la derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución, dado que mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado",⁹

y de esta manera avanzaría el Congreso sobre el Presidente, que conduce las relaciones exteriores. Es claro que en la formación de un tratado internacional no interviene solamente la voluntad del Estado nacional. De allí que, si se han previsto procedimientos especiales para la celebración, ratificación y disolución de los tratados, deba el Estado abstenerse de utilizar otros que no sean los previamente establecidos. De este modo, una ley que pretenda dejar sin efecto un tratado, no es suficiente para desconocerlo hasta tanto el titular del Poder Ejecutivo nacional no lo denuncie, siguiendo los caminos que el derecho internacional o el mismo instrumento de que se trate prevean.

- De derecho internacional: lo prescripto por la Convención de Viena. Por primera vez reconoce la Corte que, al ser la Argentina parte de la Convención, no puede alegar su derecho interno para justificar el incumplimiento de la norma de un tratado internacional, y que el derecho de Viena

"impone al Estado argentino asignar 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". (Bastardillas nuestras.)

⁹ Sobre la utilización incorrecta del término "derogación" utilizado por la C.S.J.N., ver Barberis, Julio, "La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución Argentina", en *Prudentia Juris*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Diciembre 1985 - Abril 1986.

El artículo 27 de la Convención de Viena da a los tratados jerarquía superior a la propia Constitución no sólo en el ámbito internacional, sino también en el interno. La Corte sostuvo en el considerando 18 del fallo "Ekmekdjian" que

"...Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno".¹⁰

El caso Fibracca

La conclusión de la Corte hizo necesaria una salvedad toda vez que la expresión "cualquier norma interna" comprendía, obviamente, a la Constitución.

Por ello, al reiterar la doctrina del caso "Ekmekdjian" en el caso "Fibracca Constructora S.C.A. c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande"¹¹, la Corte aclaró que los tratados tendrían primacía sobre el derecho interno "una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales".¹²

Esta apreciación se ajusta a los artículos 31 y 27 de la Constitución Nacional, pero desde el punto de vista exterior es una violación a la Convención que determinará eventualmente la responsabilidad internacional de nuestro país.

¹⁰ Para el derecho internacional carece a este respecto de importancia la jerarquía de la norma interna violada. Como bien se señala en Henkin, Louis y otros (*International Law. Cases and Materials*, Second Edition, West Publishing Co, 1987, p. 432) una provisión constitucional no tiene mayor status en derecho internacional que otra provisión de derecho interno. Este, en su conjunto, es considerado como un hecho, lo que confirma que los tratados inconstitucionales comprometen la responsabilidad internacional del Estado si no se cumplen.

¹¹ F. 433 XXIII RHE, del 7 de julio de 1993.

¹² El juez Boggiano ya había abordado esta cuestión, aunque tangencialmente, en su voto de la causa "Servini de Cubría s/amparo" (S. 289 XXIV RHE cons. 12), expresando que los tratados internacionales deben estar de acuerdo "a los principios de derecho público" a los que hace referencia el artículo 27 CN, no a las normas concretas de la Constitución. (S. 289 XIV RHE cons. 12).

El *quid* del asunto está en si el artículo 27 de la Convención de Viena incluye a la Constitución al referirse a "derecho interno". Si no la incluye, es decir si se entiende que "derecho interno" en el artículo 27 no abarca la Constitución, se abre la puerta para interpretar que la excepción del artículo 46 puede extenderse a cualquier conflicto entre un tratado y la Constitución y no sólo a la cuestión de la competencia del órgano. *La mera enunciación del planteo anuncia su debilidad.*

c) *La interpretación de los tratados internacionales*

La Convención de Viena contiene reglas de interpretación de los tratados que se aplican a su propia interpretación. El artículo 32 permite acudir a "medios complementarios" de interpretación cuando

"la expresión de la intención de las partes resultó ambigua u oscura, o bien cuando de la lectura del texto se infieren resultados absurdos o irrazonables."¹³

Veamos entonces los *travaux préparatoires*. La inclusión del artículo 27 fue propuesta por la delegación de Paquistán en la Conferencia codificadora y pretendía enmendar el artículo 23, que así sentaba el principio *pacta sunt servanda*:

"Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser ejecutado de buena fe; las partes no podrán invocar las disposiciones de su Constitución o de sus leyes como justificación del incumplimiento de ese deber." (Énfasis nuestro.)¹⁴

En el debate, la delegación chilena expresó que

¹³ Hummer, Waldemar, *op. cit.* En el caso de los "Servicios postales de Danzig", la C.P.J.I. estableció que es un principio esencial de interpretación que las palabras deben ser interpretadas en el sentido que ellas normalmente tendrían en el contexto, al menos que de esa interpretación resultara algo irrazonable o absurdo. ("Its a cardinal principle of interpretation that words must be interpreted in the sense which they would normally have in their context, unless such interpretation would lead to something unreasonable or absurd" (Op. Cons. C.P.J.I., Ser. B, núm. 11, 1925, p. 39).

¹⁴ Confr. A/CONF.39/C.1/L.181.

"nada hay que oponer a que un Estado pueda invocar su Constitución para negarse a suscribir un tratado, pero cuando un Estado se obliga mediante un tratado no es justificable que trate después de eludir su cumplimiento invocando su Constitución y aún menos su legislación interna."¹⁵

La eventual colisión del proyectado artículo con la Constitución Nacional no fue pasada por alto por la delegación argentina. Al discutirse la propuesta planteó que los llamados "tratados con cláusula constitucional" dejaban ciertos aspectos librados a lo que la misma Constitución prescribiera y que, por propio imperio del tratado, la Constitución Nacional prevalecería. En otras palabras, este tipo de cláusulas establecían una excepción al artículo 27, y como esta posibilidad no se infería claramente de la redacción del artículo y podían llegar a producirse interpretaciones erróneas, la Argentina se abstuvo de votar sobre su inclusión. La Corte Suprema, ya en vigor la Convención para nuestro país, albergó sospechas de inconstitucionalidad del artículo que nos ocupa. En el caso "Washington Cabrera v. Comisión Técnica Mixta Salto Grande", el voto de los Dres. Gabrielli y Guastavino declara inválida la inmunidad de jurisdicción acordada por el tratado sobre el que versaba la causa "...aún con prescindencia de la constitucionalidad del artículo 27 de la Convención (de Viena) citada".

La propuesta fue aprobada en la 29a Sesión Plenaria por 55 votos contra ninguno y treinta abstenciones. La Convención fue ratificada por la Argentina sin reservas en este sentido.¹⁶

En la redacción final, la expresión "disposiciones de la Constitución o de sus leyes", fue reemplazada por "derecho interno", pues ésta era la terminología utilizada por el artículo 43, pero esto en modo alguno significó una alteración en el sentido del texto.

¹⁵ Documento citado.

¹⁶ La decisión argentina de abstenerse en la votación del artículo fue tomada porque no admitía que los tratados tienen superioridad jerárquica frente a la Constitución en ciertos casos en que ésta debiera prevalecer frente a aquéllos, como ocurría en los "tratados con cláusula constitucional". Pero se aceptó el principio general de que el derecho internacional prevalece aun sobre la Constitución Nacional.

El "derecho interno" del artículo 27 incluye, entonces, no sólo a las leyes nacionales que pudieran entrar en conflicto con un tratado internacional, sino a la Constitución misma.

La excepción del artículo 46

Veamos ahora la excepción. Un sector de la doctrina entiende que, pese a que el artículo 27 incluye a la Constitución como parte del derecho interno, la excepción del artículo 46 es amplia.¹⁷ Estas interpretaciones, sin embargo, van más allá de lo que el artículo 46 prescribe, dada la limitación en su texto relativa a la incompetencia del órgano, en violación al "treaty-making power" establecido en la Constitución.

La jurisprudencia internacional ha sido clara. La CIJ, en su opinión consultiva sobre el tratamiento de los nacionales polacos en Danzig sostuvo que un Estado

"no puede invocar su propia Constitución para sustraerse de las obligaciones que le imponen el derecho internacional o los tratados en vigor".¹⁸

Sostener lo contrario sería desconocer el principio del artículo 27, que quedaría inoperante y vacío de contenido.

2. *Los tratados en el texto constitucional de 1994*

La reforma ha convalidado en parte los criterios de la Corte en el ca-

¹⁷ Barberis sostiene que "... Si se efectúa la comparación de ambos regímenes se llega a la conclusión de que son compatibles entre sí. En efecto, los casos en que un tratado puede ser declarado inconstitucional según la Constitución argentina son los casos en que, según la Convención de Viena, se ha violado manifiestamente una norma de importancia fundamental." *Op. cit.*

Según Travieso, el mencionado artículo 46 "elimina la posibilidad de que el Estado alegue la nulidad por esa causa (contradicción con el derecho interno) salvo que la violación de derecho interno sea manifiesta y afecte una norma de importancia fundamental de su derecho interno." Travieso, Juan Antonio, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Ed. Heliasta, Bs. As., 1990, p. 72.

¹⁸ Advisory Opinion on Treatment of Polish Nationals in Danzig, 1932, P.C.I.J., Ser. A/B N°44.

so "Ekmekdjian" y otros posteriores, reafirmando también una tendencia puesta de manifiesto en otras Constituciones latinoamericanas.¹⁹

La nueva Constitución ha hecho clasificaciones. Todos los tratados son "ley suprema de la Nación", según el artículo 31 de la CN, por pertenecer al derecho federal, que tiene preeminencia sobre los derechos provinciales. Pero algunos tendrán jerarquía constitucional y otros serán meramente supralegales.

Cada una de estas categorías presenta particularidades propias y dudas en cuanto a su aplicación e interpretación; ya son objeto de estudio doctrinario y la jurisprudencia deberá armonizar y resolver los problemas que se desprenden del texto constitucional. Analicemos, pues, en particular, cada una de las categorías antes enunciadas.

a) *Tratados con jerarquía constitucional*

Tienen jerarquía constitucional los instrumentos internacionales de derechos humanos explícitamente mencionados en el artículo 75, inciso 22, y los que en el futuro incluya el Congreso con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Entre los primeros hay no sólo tratados, sino también declaraciones que han sido así dotadas internamente de un carácter vinculante respecto a la Argentina que no les confiere el derecho de gentes en el plano internacional.

El artículo 75, inciso 22 de la Constitución menciona a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre De-

¹⁹ Varias Constituciones latinoamericanas han dotado de jerarquía constitucional o supralegal a ciertos tratados, especialmente los de derechos humanos: la del Perú de 1979 estableció que los tratados de derechos humanos tenían "jerarquía constitucional", pero tal criterio no fue reafirmado en la nueva Constitución de 1993; para Guatemala, los tratados tienen "prevalencia sobre el derecho interno" (y por ende, sobre la Constitución). Una disposición similar contiene la Constitución de Colombia (93). Algunas Constituciones de Estados centroamericanos, a su vez, han optado por una opción intermedia, otorgando a los tratados jerarquía supralegal, pero infraconstitucional, tal el caso de Honduras, El Salvador o Costa Rica.

rechos 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 Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Con fecha 18 de octubre de 1995, el Congreso Nacional aprobó la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas por ley 24.556, a la que otorgó jerarquía constitucional por ley 24.820 del 29 de mayo de 1997.

¿Qué significa tener "jerarquía constitucional"? Si los instrumentos "son parte" de la Constitución, a) no podrían ser declarados inconstitucionales por aplicación del principio de identidad y b) se habría habilitado un nuevo sistema de reforma constitucional diferente al del artículo 30.

En cambio, si "valen" como ella, y esto es lo que cabe interpretar del texto constitucional, un hipotético conflicto entre alguno de ellos y una norma de la primera parte de la Constitución, debería resolverse declarando la inconstitucionalidad del tratado, toda vez que "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos" (art. 75, CN).²⁰

Por exclusión, las normas de los pactos con "jerarquía constitucional" podrían eventualmente dejar sin efecto artículos de la segunda parte de la Constitución. Así, por ejemplo, no presentaría inconvenientes la prórroga de jurisdicción a favor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecida en el Pacto de San José.²¹

²⁰ Esta salvedad evitaría conflictos entre algunos de los instrumentos mencionados en el artículo 75, inc. 22, y el texto de la primera parte de la Constitución, por ejemplo, el derecho de rectificación o respuesta contenido en el Pacto de San José de Costa Rica, que puede ser reputado como contrario a lo prescripto por los artículos 14 y 32 CN.

²¹ En este sentido, ver Bidart Campos, Germán y Bianchi, Alberto, "La jurisdicción internacional prevista por el Pacto de San José de Costa Rica viola la Constitución Argen-

b) *Tratados por encima de la ley pero debajo de la Constitución*

i) Son los tratados internacionales, así como los concordatos celebrados con la Santa Sede de carácter ordinario a los que se refiere el artículo 75, inciso 22 "in limine".

Tienen jerarquía supralegal, pero infraconstitucional, porque están sujetos a los principios de derecho público de la Constitución según el artículo 27 de la CN. Esto permite concluir que pueden ser declarados inconstitucionales, generando la correspondiente responsabilidad internacional para el Estado Argentino, pero no pueden ser declarados ilegales.

ii) Tratados que deleguen competencias estatales a estructuras de integración latinoamericana, que bajo ciertas condiciones, cuentan con jerarquía supralegal (art. 75, inc. 24).

Cabe destacar que la integración regional influyó en alto grado para que la Corte Suprema de Justicia cambiara su tradicional jurisprudencia sobre la jerarquía de los tratados internacionales en el caso "Ekmekdjian".²²

El artículo 75 inciso 24 de la Constitución alude a los tratados por los cuales el Estado, como soberano, delegue ciertas competencias y jurisdicción a estructuras de orden supraestatal. Las condiciones de aprobación son las siguientes:

- que se observen condiciones de igualdad y reciprocidad,

D-206817

tina?", ED-118-976 y sgres. Ciertamente podría sostenerse que, en el caso de nuestro ejemplo, la prórroga de jurisdicción es violatoria de principios de derecho público constitucional, como el de defensa en juicio, *non bis in idem* y cosa juzgada. Al haberse violado el artículo 27, la aplicación del artículo 75, inc. 22 impondría declarar inconstitucional al tratado. Sin embargo, esta interpretación originaría una pugna entre dos normas constitucionales, que no es conveniente resolver mediante un vaciamiento del contenido de una de ellas, dado que la "jerarquía constitucional" de los tratados de derechos humanos quedaría eventualmente desvirtuada. La Constitución misma establece un criterio de interpretación armónico entre sus normas y las contenidas en los instrumentos internacionales que menciona (art. 75, inc. 22).

²² Esta intención ha quedado reafirmada en el caso "Cafés La Virginia S.A. s/apelación (por denegación de repetición)", del 12 de octubre de 1994 (C. 572. XXIII) en el que se dio preeminencia a la disposición de un tratado celebrado en el marco de ALADI frente a una norma arancelaria interna que desvirtuaba la naturaleza de la obligación internacional.



- que se respete el orden democrático,
- que se respeten los derechos humanos,
- que se aprueben por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara.

Bajo estas condiciones, *las normas dictadas en consecuencia de estos tratados de integración (el llamado "derecho derivado"), tienen jerarquía superior a las leyes* (artículo 75, inciso 24, primer párrafo in fine).²³

iii) Tratados de integración con Estados que no son latinoamericanos, en los que se deleguen competencias estatales. Bajo condiciones distintas a las aplicables a los tratados de integración latinoamericana, también cuentan con jerarquía superior a las leyes (artículo 75, inciso 24).

Su aprobación está sujeta a doble condición:

- que la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara declaren la conveniencia de su aprobación.
- que la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara lo apruebe dentro de los ciento veinte días posteriores al acto declarativo.

La delegación de competencias a entidades no regionales presenta más obstáculos que en el caso de organizaciones de la región; pueden no ser necesariamente tratados de integración en sentido estricto. La delegación podría realizarse a favor de una organización internacional sin las características ni funciones de un órgano supraestatal de integración económica y/o política.

Nada se dice en el texto constitucional acerca de la jerarquía normativa de estos tratados. En nuestra opinión, tienen prevalencia por sobre las leyes —como cualquier otro tratado—, además de tenerla por sobre los tratados y concordatos "comunes", es decir, los aprobados sin el voto de mayorías especiales.

En tanto delegan competencias estatales, modifican indirectamente la Constitución, en especial la segunda parte, por lo que deberían estar dotados también de "jerarquía constitucional".

²³ El texto no hace referencia a la jerarquía interna de los llamados "tratados marco" de integración; sólo se refiere a las normas dictadas en su consecuencia. Pues bien, es lógico que aquellos tengan jerarquía supralegal y, a su vez, preeminencia por sobre las normas que de ellos deriven.

iv) Convenios internacionales celebrados por las provincias en virtud del artículo 124.

El nuevo artículo 124 ofrece la posibilidad a las provincias de celebrar "convenios" internacionales. El Estado Argentino, sujeto de derecho de gentes, les concede competencia en materia internacional en uso de la facultad que el derecho internacional otorga a los estados federales para descentralizar su organización.²⁴ Estos convenios de las provincias están sujetos a una triple condición:

- no deben ser incompatibles con la política exterior de la Nación,
- no deben afectar las competencias federales de la Nación,
- y no deben afectar el crédito público.

El Congreso debe tomar "conocimiento" de dichos tratados, con lo que quedan dudas si ese "conocimiento" debe ser una "aprobación" como en los tratados internacionales celebrados por la Nación, acaso como un control de la observancia de las condiciones del artículo 124.

Sin embargo, de haber sido ésa la intención del artículo, se hubiera empleado el término específico "aprobación". Por otro lado, no se ve la importancia práctica de que el Congreso tome un mero "conocimiento" del tratado, si no va a poder obstaculizar su ratificación en caso de incumplimiento del artículo 124.

Subsiste la duda de si, para el derecho internacional, la responsabilidad del Estado central por el incumplimiento del tratado permanece comprometida de todas maneras, independientemente del órgano que contrajo la obligación.

¿Serán, entonces, las legislaturas provinciales las que otorguen la aprobación? De no ser así, podría argumentarse, las provincias contarían con un mecanismo más simple de celebración de convenios internacionales que la Nación.

Algunas provincias, como Córdoba, La Rioja, Jujuy y San Juan, han incorporado a sus Constituciones la posibilidad de gestionar internacionalmente sus intereses propios, sin perjuicio de la política exterior

²⁴ Verdross, *Derecho Internacional Público*, Madrid, 1967, p. 137.

del Estado central.²⁵ Otras Constituciones provinciales, como la de Buenos Aires recientemente reformada, no contemplan tal posibilidad: el gobernador estaría facultado por la Constitución Nacional para celebrar convenios internacionales, pero el orden normativo provincial tendría una laguna al respecto y por ende las legislaturas no estarían llamadas a "aprobar" los convenios internacionales que se celebraren. Si el Congreso Nacional toma de ellos un mero "conocimiento", en esa provincia podrían ser celebrados, eventualmente, sin la intervención de ningún órgano legislativo.

Tampoco se establece en el artículo 124 quién determinaría la eventual incompatibilidad del convenio con "la política exterior de la Nación". Por lo demás, si el incumplimiento de una obligación internacional contraída por una provincia acarrea responsabilidad para el Estado central, todos los convenios de esta naturaleza pueden afectar el crédito público de la Nación.

Conclusiones

Puede observarse, a través del análisis que hemos efectuado, que los problemas de interpretación y aplicación que acarrea consigo la reforma constitucional en materia de tratados, no son pocos.

Una omisión que puede ser importante es la relativa a los llamados "acuerdos simplificados", que se celebran sin la aprobación del Congreso y se ratifican posteriormente. Contemplados en la Convención de Viena (artículos 11 y ss.), permiten que el consentimiento en obligarse pueda emitirse por la simple firma o mediante el canje de instrumentos, comprometiéndose de esa manera la responsabilidad internacional. Resulta interesante preguntarse si las provincias podrían hacer uso de esta modalidad, "con conocimiento del Congreso Nacional" de acuerdo con el artículo 124, pero sin la "aprobación" por parte del Poder Legislativo y si, en caso de que la ejerza el PEN, esos tratados serían reputados como "ley suprema de la Nación".

Las modificaciones a la Constitución Nacional, desde el punto de

²⁵ Frías, Pedro J., "Las provincias y las relaciones internacionales", en *La Nación*, 19 de Marzo de 1988, citado por De la Guardia, Ernesto, "El nuevo texto constitucional y los tratados", ED- 31-10-94.

vista de las formas de comprometer responsabilidad internacional del Estado, arrojan un balance positivo sin perjuicio de las observaciones hechas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido cabalmente la importancia del respeto a las obligaciones contraídas por el Estado, afirmando que "...el Tribunal debe velar porque la buena fe que rige la actuación del Estado Nacional en el orden internacional para el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes de derecho internacional... no se vea afectada a causa de actos u omisiones de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte cuando pueda constitucionalmente evitarla." Ha llegado incluso a sostener que la demora en la sustanciación de un proceso de extradición puede determinar "la responsabilidad del Estado Argentino en el cumplimiento de sus deberes de cooperación y asistencia jurídica internacional en materia de represión del delito."²⁶

Con esta disposición deberían resolverse las múltiples cuestiones derivadas de la interpretación de las normas constitucionales en materia de tratados internacionales.

La reforma constitucional de 1994 ha introducido importantes cambios en el esquema normativo que regula las relaciones entre los tratados internacionales y el derecho interno, adaptando la Constitución Nacional a las nuevas demandas de la vida de interrelación internacional.

Este esquema normativo está constituido, en primer término, por el mecanismo por el cual la República es capaz de obligarse internacionalmente. En este sentido, el gran cambio lo constituye quizás la posibilidad conferida a las provincias de obligarse internacionalmente, comprometan o no —la doctrina no es clara en derecho internacional— a su vez, la responsabilidad del Estado central. En lo demás, el presidente de la Nación es quien concluye y firma tratados internacionales (art. 99, inc. 11),²⁷ que deben ser aprobados por el Congreso (artículo 75, inciso 22),²⁸ y ratificados posteriormente en sede internacional por el

²⁶ p. 48. XXXI. Recurso de hecho, Priebke, Erik s/solicitud de extradición s/cuaderno de prueba de la defensa —causa n° 172-112-94—, fallo del 20 de marzo de 1995.

²⁷ Artículo 86, inciso 14 del antiguo texto constitucional.

²⁸ Artículo 67, inciso 19 del antiguo texto constitucional.

P.E. para ser considerados como parte del ordenamiento jurídico vigente, independientemente de que se hayan establecido mayorías especiales para dotar de especial jerarquía en el ámbito interno a tratados que tutelén derechos humanos o que tengan como fin la integración regional o la delegación de competencias estatales a órganos supraestatales.

El sistema normativo se completa con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por ley n° 19.895 y en vigor desde el 27 de enero de 1980, que vimos más arriba y que proclama la superioridad de los tratados sobre cualquier norma del derecho interno, con la excepción establecida por el artículo 46.

Segunda parte: Formación del derecho internacional

Capítulo 6

Fuentes del derecho internacional. La costumbre

1. Las fuentes del derecho internacional

a) El concepto de fuente del derecho

Hay fuentes materiales y formales del derecho.

Las primeras son las que proveen los materiales sociológicos de las normas internacionales, sus contenidos políticos, morales o económicos, que a veces explican la doctrina o los mismos sujetos del derecho, cuando quieren fundamentar jurídicamente sus conductas.

Las fuentes materiales, traducciones directas de las estructuras internacionales y de las ideologías dominantes, tienen una dinámica que no pueden tener las fuentes formales, simples procedimientos técnicos.¹

El concepto que nos interesa y que vamos a desarrollar, es el de "fuentes formales" o sea los procedimientos de *creación* de normas jurídicas internacionales. Esta acepción responde a la pregunta *¿cómo se forma el DIP?*

Como ya vimos al comentar las ideas de Anzilotti y de Kelsen, tales procedimientos sirven para la *identificación* de las normas como pertenecientes a un cierto orden jurídico.

Como ejemplo de lo dicho, nos recuerda Barberis que "la Ley de Citas (426) de Valentiniano III dio valor de norma jurídica a la opinión de cinco jurisconsultos de la época clásica y que en una monarquía abso-

¹ Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pellet, *op. cit.*, p. 111.