

LA COSTUMBRE EN EL DERECHO INTERNACIONAL (Precedentes judiciales del derecho interno como medios de prueba)*

KEVIN KILLIAN**

Resumen: En presente trabajo se exponen los resultados de una investigación, que tiene por objetivo, demostrar la influencia que poseen los precedentes jurisprudenciales internos, para constatar la existencia de una costumbre en el derecho internacional. En virtud de ello se propone asentar un reconocimiento, respecto del valor probatorio que pueden adquirir las sentencias nacionales, consideradas como parte de la expresión de la conciencia jurídica de los Estados. Cuando las resoluciones jurídicas de carácter doméstico presenten una analogía evidente con el desarrollo normativo-consuetudinario en el plano internacional, la invocación de dichas sentencias deviene necesariamente vinculante, en razón de la preponderancia de los órganos de los cuales emanan.

Palabras clave: costumbre internacional – sentencias internas – elemento de prueba – obligaciones de los estados – análisis jurisprudencial.

Summary: In this paper the results of an investigation aimed exposed, is showing the influence that domestic case law has to determine the existence of customary international law. In light of this it is proposed to settle an acknowledgment regarding the evidentiary value can national judgments acquire, considered as a part of the expression on the legal consciousness of States. When the legal decisions of domestic character present an obvious analogy with the development of customary-law-normative at an international level, reliance on such statements necessarily becomes binding, because of the preponderance of the bodies which issue.

Keywords: international custom – international sentences – test item – obligations of states – jurisprudential analysis.

* Recepción del original: 16/09/2014. Aceptación: 26/11/2014.

** Estudiante de Abogacía (UBA).

El presente Trabajo de Investigación, surge como resultado de mi cursada en la materia “Las Fuentes del Derecho Internacional”, curso reconocido como orientado a la investigación, a cargo de la Prof. Claudia G. Gasol Varela (*Cátedra: Prof. Dra. Lilian del Castillo*).

Agradezco a los integrantes de la Cátedra, tanto por el incentivo a la investigación académica, como por sus comentarios críticos respecto de este ensayo. Asimismo agradezco a la Licenciada Luisa Royano por sus sinceras observaciones.

I. INTRODUCCIÓN

“La costumbre ha pasado a constituir hoy una forma más de creación voluntaria y consciente de normas internacionales, como lo son los tratados...”¹

En la primera sección de este trabajo se llevará a cabo un estudio focalizado en la costumbre como fuente del derecho internacional, haciendo énfasis en los distintos aspectos que refieren al surgimiento de la costumbre, su ubicación y relevancia dentro de la clasificación general de las fuentes del derecho internacional, así como a las distintas modalidades a través de las cuales puede manifestarse la fuente consuetudinaria para derivar en la creación de normas jurídicas. Una vez efectuado el desarrollo de las mencionadas consideraciones, me avocaré a un desarrollo analítico, referido a la premisa que constituye al objeto principal de este trabajo de investigación: La realización de un análisis valorativo de la jurisprudencia interna, y la demostración del efecto jurídico y la importancia fáctica que ella posee, a los fines de constatar la existencia de una costumbre internacional.

Para comenzar con el estudio de la costumbre, resulta conveniente esbozar una noción correspondiente a las fuentes del derecho en general, para luego a partir de ello poder interpretar la fuente que hace al desarrollo de este trabajo en particular y poder comprender el rol fundamental que cumple en la conformación del derecho internacional. Explica Llambías (a modo ejemplificativo) al referirse a la palabra “fuente”, que en su primera acepción alude a un manantial de donde surge o brota el agua de la tierra, pero en lo que concierne al carácter jurídico de la palabra, que es el que aquí nos interesa, *se utiliza el término en un sentido figurativo para designar el origen de donde proviene eso que llamamos “derecho”*;² en los mismos términos se expresan Lévy-Bruhl³ y Ruiz Moreno; este último al referirse al concepto de *fuentes* incorporado por nuestra Corte Suprema.⁴ En virtud de lo anterior resulta de gran importancia determinar cuáles son aquellos medios mediante los cuales se elabora

1. BARBERIS, J., *Formulación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco, 1994, p. 68.

2. LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil: parte general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. I (Nociones fundamentales, personas), pp. 45-46. Menciona el destacado jurista, que con el objetivo de expresar con una mayor exactitud, aquello a lo que se quiere hacer referencia con la palabra “Fuente”, resulta conveniente utilizar la denominación “medios de expresión del derecho”. Partiendo de la base de un entendimiento del derecho como aquel “orden social justo” cuyo núcleo expansivo se reconoce como “derecho natural”, en virtud del cual se deduce y construye el derecho positivo, en relación a las circunstancias sociales y necesidades del establecimiento de un orden determinado.

3. LÉVY-BRUHL, H., *Sociología del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1964, p. 21.

4. RUIZ MORENO, I., *El derecho internacional público ante la Corte Suprema*, Buenos Aires, EUDEBA, 1970, p.8.

o se constituye el derecho. Habiendo incorporado estas ideas de valor conceptual y fundacional, nos adentramos en la teoría de las fuentes del derecho, concentrando el análisis en el sistema jurídico internacional.

En respuesta a la influencia de la escuela francesa de la Exégesis, durante el siglo XIX se reputaba a la ley como única fuente de derecho admitida, es decir, únicamente se podía acudir de manera subsidiaria a otras fuentes, en tanto se contemplara la existencia efectiva de lagunas legales. Entre aquellas fuentes alternativas que podían utilizar los juristas para compensar las imperfecciones en los alcances de la ley escrita, se podía recurrir a la costumbre.⁵

Entre los estudios doctrinarios internacionalistas que se difundían a lo largo del siglo XX, existían distintas concepciones en torno a la noción de “fuentes del derecho internacional”. En relación a ello, menciona el doctrinario Charles Rousseau, de qué manera, dependiendo de la noción que se adoptara respecto de la naturaleza del derecho de gentes, algunos autores se posicionaban dentro de una concepción *Positivista* para considerar las fuentes, según la cual la única fuente del derecho internacional podía derivarse de un acuerdo de voluntades, sea mediante forma expresa (en el caso del tratado), o tácitamente, (en cuyo caso se estaría en presencia de la costumbre). Por su parte, la concepción *Objetivista* reparaba en distinguir entre las fuentes creadoras como verdaderas fuentes del derecho internacional, y las fuentes formales, las cuales no crean el derecho sino que se limitan a formularlo, dentro de estas se encuentran los tratados y costumbres, los cuales no clasificarían como modos de creación sino como “modos de verificación” del derecho internacional.⁶

Un antecedente de importancia, en lo que hace a la consideración de la costumbre entre las fuentes principales del derecho de gentes, se puede apreciar en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, incorporado a la carta de Naciones Unidas en el año 1945.⁷ El texto referente a dicho documento, expresa

5. LLAMBIAS, J.J., ob. cit., p.44.

6. ROUSSEAU, C., *Derecho internacional público*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 27-28. A criterio del autor, conviene privilegiar el uso de la denominación “fuentes” del derecho internacional para las fuentes formales, según la clasificación objetivista, en tanto las fuentes materiales suponen un carácter extrajurídico que tienen su origen en la sociología jurídica o de las filosofías del derecho, resultando subyacentes al derecho positivo. Si bien considera que las únicas fuentes que deben considerarse en el orden positivo son las fuentes formales ya que únicamente aquellas poseen un valor efectivo de aplicación, al mismo tiempo señala a las fuentes formales como únicas fuentes propiamente dichas; haciendo referencia al tratado y la costumbre como las fuentes formales de mayor importancia. Es de destacar el contraste respecto de las doctrinas contemporáneas que efectúan una valoración más amplia, en lo que refiere a los modos de conformación del derecho internacional, dando lugar a una admisión más amplia de hechos o procedimientos dentro de la categoría de “fuentes del derecho internacional”.

7. ROUSSEAU, C., ob. cit., p. 29. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de 1945 hace alusión expresa a las disposiciones establecidas el 16 de diciembre de 1920 en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, fecha en la cual ya se posicionaba conceptualmente a la

en su apartado II, que será de aplicación de La Corte: “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”.⁸

Es en el año 1983 que nuestra Suprema Corte reconoce en su jurisprudencia el carácter dispositivo de las normas consuetudinarias en el ordenamiento jurídico nacional, comenta Del Castillo que “Así lo declaró en repetidas oportunidades en sus decisiones (...) para referirse a las normas que integran como ‘prácticas del mundo civilizado’, ‘Principios universalmente consagrados en el Derecho Internacional Público’ (...)”.⁹

Se comprende la importancia de la costumbre como reconocida fuente del derecho internacional, y en tanto primera manifestación del derecho positivo, del cual han derivado originariamente la mayor parte de los principios internacionales. Un ejemplo de ello es el caso de la guerra marítima, derecho que se ha regido por decenas de años por la costumbre, a pesar de los esfuerzos realizados internacionalmente para concretar una codificación.¹⁰ Respecto de que aquellas reglas que se encuentren en cumplimiento con las condiciones para ser consideradas como costumbre, podemos afirmar en este análisis, que poseen la misma fuerza obligatoria que un principio estipulado en un tratado. En lo que refiere a las mencionadas “condiciones” necesarias para que una regla adquiera la fuerza obligatoria de una costumbre, nos detendremos a continuación.

II. PARTICULARIDADES DE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Luego de una introducción al tema objeto de estudio, podemos comenzar a profundizar en las características que expresa el fenómeno de la costumbre en el derecho internacional. En esta sección veremos, como de aquellas normas cuyos procedimientos de origen poseen naturaleza consuetudinaria, emana un conjunto

costumbre como fuente del derecho aplicable por la Corte. A su vez se menciona como antecedente al artículo 7 de la Convención de la Haya del 18 de octubre de 1907 que instituye a la Corte Internacional de Presas, que no llegó a entrar en vigor; no se obtiene de dicho texto un reconocimiento preciso del valor de la costumbre en tanto fuente, sino dentro de una categoría subyacente a los tratados, surgiendo de aquel texto que “En ausencia de tales estipulaciones la Corte aplica las reglas del derecho internacional”. Rousseau aprecia dicha clasificación como una enumeración de fuentes con orden de autoridad decreciente; discriminación que no se advierte en el Estatuto de la Corte del año 1945 que no establece jerarquía alguna entre las fuentes que enumera.

8. Art. 38 inc. c), *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*.

9. DEL CASTILLO, L., *El derecho Internacional en la Práctica Argentina*, Buenos Aires, Errepar, 2012, p. 5.

10. ANTOKOLETZ, D., *Tratado de derecho internacional público, en tiempo de paz y en tiempo de guerra*, Buenos Aires, La Facultad, 1938, pp. 35-36.

de derechos y obligaciones que recaen sobre los Estados de la comunidad internacional; pero estos últimos no siempre resultan abarcados por la costumbre internacional, ya que ello dependerá de la postura que se haya adoptado por parte de cada Estado, en relación al surgimiento de dicha costumbre.

La costumbre se ubica entre las fuentes principales del derecho internacional, pudiendo mencionarse como medios auxiliares a la jurisprudencia y la equidad, en el sentido de que no constituyen estas últimas, procedimientos de generación directa y efectiva de normas jurídicas en el derecho internacional. Es por ello que únicamente pueden funcionar como medios auxiliares de interpretación o complementación del razonamiento de los magistrados al momento de dictaminar, facilitando el trabajo para la verificación de la existencia de una norma. Se presenta el caso particular de la Equidad “*ex aequo et bono*” como posibilidad de otorgar el carácter específico de fuente principal a una fuente de naturaleza subsidiaria (la equidad), para el caso de mediar el consentimiento de los estados, lo cual surge expresamente del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, pero cuyo análisis no está incluido dentro del objeto de estudio de este trabajo.

En cuanto a la conceptualización jurídica de la costumbre, se suele aludir a la misma como: La existencia de una práctica reiterada y con carácter uniforme, llevada a cabo por sujetos del derecho internacional público, con la convicción de que se está realizando en el marco de cumplimiento de una norma jurídica. Destaca Verdross, que únicamente se reconocen con la denominación de “Costumbre” aquellas normas aplicables que en virtud de su carácter consuetudinario hayan sido “aceptadas como derecho” por la práctica de los Estados.¹¹

Si nos detenemos en el artículo 38, al que se hizo referencia en la introducción, veremos que no se menciona un plazo específico para la conformación de una costumbre, en virtud de lo cual, surge como principio implícito de la norma, que una costumbre internacional no precisa de una extensión determinada, en lo atinente a su consolidación y posible aceptación por los estados como costumbre; sino que puede llegar a constituirse rápidamente. La jurisprudencia también se ha expresado en este sentido, un ejemplo claro de ello es la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el conflicto relativo a la plataforma continental del Mar del norte. En esta oportunidad, la corte se pronuncia en referencia a los elementos necesarios para que una regla convencional sea considerada como regla general de derecho internacional, requiriéndose para ello que: “aun cuando no haya transcurrido un largo periodo de tiempo, haya una participación amplia y representativa de los Estados partes en la Convención (...). Si bien no es necesario que haya pasado un largo período de tiempo para que se forme una nueva regla de derecho internacional consuetudinario a partir de una regla internacional convencional, es indispensable que en ese lapso,

11. VERDROSS, A., *Derecho internacional público*, Madrid, Aguilar, 1957, p. 90.

por más breve que sea, la práctica de los Estados, entre los que se comprendan los que están particularmente interesados, haya sido frecuente y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición invocada”.¹²

Por su parte, Rousseau hace referencia al reconocimiento de las “actitudes” de los Estados, concentrando la atención en aquellas manifestaciones efectivas que emanan de los órganos facultados con la finalidad de establecer relaciones internacionales con otro u otros Estados. Menciona el autor “La costumbre internacional resulta de una actitud tomada por un Estado en sus relaciones con otro, actitud determinada por una convicción de derecho y aceptada con el mismo espíritu por el Estado con respecto al cual fue adoptada”.¹³ En esta definición se encuentran los caracteres que hacen esencialmente a la definición de la Costumbre internacional, en tanto se deriva de ella ***la necesidad de existencia de una conciencia mutua por parte de los Estados, entre los cuales se realiza la práctica, referida a la perpetración de hechos o reconocimiento de actitudes responsables que determinan el surgimiento de la costumbre*** (el destacado me pertenece). El fundamento de la costumbre se encuentra en la vida social y en las exigencias de la vida internacional. Podemos entonces distinguir los elementos principales que hacen a la constitución de la Costumbre como fuente del derecho internacional:

- a) En una primera instancia nos concierne mencionar al elemento material de la costumbre, el cual supone la expresión de una práctica común y reiterada que resulta de la repetición de actos concluyentes. Este elemento supone un patrón uniforme en la realización de las conductas, es decir, no deben existir alteraciones sustanciales con relación a los hechos anteriores; se requiere de una representación no interrumpida del hecho o hechos que configuran la costumbre. Como ya se mencionó en referencia a la duración de la práctica, no es indispensable aquel “largo uso” al que hacían referencia los canonistas, estableciendo (por ejemplo) un plazo mínimo de 10 años para la conformación de las costumbres “*praeter legem*” y un plazo de 40 años para las costumbres “*contra legem*”.¹⁴ Dentro de la doctrina Argentina, Llambías propone un fundamento jurídico, en virtud del cual se comprende una carencia de necesidad en el establecimiento de un lapso de tiempo específico, para

12. Corte Internacional de Justicia, *Asunto relativo a la plataforma continental del Mar del Norte, República Federal de Alemania c. Dinamarca y los Países Bajos*, sentencia del 20 de febrero de 1969, citado por DRNAS DE CLÉMENT, Z., *Derecho internacional público: casos prácticos*, Córdoba, Lerner, 1995, pp. 94-103.

13. ROUSSEAU, C., ob. cit., p. 96.

14. LLAMBÍAS, J. J., ob.cit., p. 62.

considerar como válida la existencia de una costumbre: “En razón de la misma espontaneidad de la formación de esta regla jurídica, no ha de esperarse que pueda predeterminarse el proceso de constitución de la costumbre (...) la imposición de plazos es una tentativa de sujetar a la reflexión del hombre, lo que por su naturaleza es espontáneo y no racional: de ahí que para reputar como constituida una ‘costumbre’ haya que acudir a la consulta de los datos sociales que permitan verificar la existencia de una norma consuetudinaria independientemente de la mayor o menor duración de la práctica de que se trate.¹⁵ El precedente de una costumbre, ya sea positivo o negativo (pudiendo tratarse tanto de una acción como de una omisión) debe cumplir en todos los casos con los requisitos de continuidad y generalidad; de lo contrario no será considerado como **hecho o conducta ‘generadora de la fuente’** (el destacado me pertenece)”.

En lo referente a la generalidad de la costumbre en el espacio, dicho aspecto no solo supone la continuidad de una práctica, sino que debe tratarse de una práctica común; Rousseau explica que la lógica doctrinaria descarta la exigencia de unanimidad para considerar únicamente al consentimiento de “aquellos estados que se encontraron en situación de tener que aplicarla y la ausencia de protesta por parte de los demás”.¹⁶

- b) En segundo lugar haremos referencia al elemento *Psicológico* de la costumbre, el cual supone, que la mencionada existencia de una práctica de realización constante, debe llevarse a cabo con un nivel de conciencia que refleje la obligatoriedad en la realización de la misma, es decir lo que se conoce como la “*opinio iuris*” u “*opinio iuris sive necessitatis*”.¹⁷ Rousseau lo plantea en el sentido de que la conducta consuetudinaria en cuestión, debe ser aceptada como derecho en correspondencia directa a

15. LLAMBIAS, J. J., ob. cit., p. 63. resulta interesante en este sentido la consideración efectuada por el autor respecto del elemento material de la costumbre; ya que si bien pretende con ello explicar la percepción conceptual que hace a una de las fuentes del derecho interno en la República Argentina, la claridad y objetividad de la explicación permiten una analogía en el análisis, que posibilita la comprensión de aquella carencia de necesidad en el establecimiento de un plazo fijo o determinado para condicionar la existencia de la costumbre.

16. ROUSSEAU, C., ob. cit., p. 98.; Menciona el autor que corresponde distinguir entre aquellas costumbres generales o universales (de reconocimiento general por la comunidad de los Estados) y aquellas costumbres regionales (en cuyo caso las repercusiones de una costumbre establecida solo afectan a los Estados que la reconocieron a través de una práctica constante de la misma.); correspondiendo siempre al estado que invoca la costumbre aportar los elementos que resulten necesarios para probar su existencia.

17. VERDROSS, A., ob. cit., p. 89. Se propone a modo de ejemplo que la utilización regular de papel blanco para las notas diplomáticas no da lugar a una costumbre internacional por no existir la conciencia jurídica correspondiente.

una necesidad jurídica.¹⁸ Podemos interpretar la “*opinio iuris*” como a un estado de consciente obligatoriedad en relación al cumplimiento de ciertas reglas, por las cuales los Estados deciden regir sus relaciones particulares en la relación de derecho internacional de que se trate. En coincidencia, Verdross refiere a la percepción expresa de “una *practique générale acceptée comme étant le droit*”,¹⁹ haciendo con ello alusión al aspecto decisivo que implica la valoración de la norma jurídico-internacional consuetudinaria por los estados involucrados. Por su parte, Julio Barberis menciona que aquella percepción de la “*opinio iuris*” como conciencia de obligatoriedad que hace al elemento psicológico de la costumbre, no recibe una aceptación unánime por parte de la doctrina; ya que incluso parte de ella ha llegado a afirmar que la “*opinio iuris*” no desempeña ningún papel de importancia en el proceso de formación de la costumbre.²⁰ Aunque desde la postura adoptada por la mayoría de la doctrina, en el sentido de valorar como indispensable el carácter funcional de la “*opinio iuris*”, de manera que la costumbre se constituya en una fuente autónoma del derecho internacional, no resulta contradictoria la existencia efectiva de una norma al momento de conformación de la costumbre, debido a que no se exige como requisito la existencia efectiva de una norma *sino la creencia de que ella existe por parte de los sujetos que desarrollan dicha práctica*: “La “*opinio iuris*” resulta definida

18. ROUSSEAU, C., ob. cit. De no existir este elemento, se estaría en presencia de una costumbre no obligatoria, o de una mera practica de cortesía internacional, no así de una regla consuetudinaria.

19. VERDROSS, A., ob. cit., pp. 90-91. A diferencia de los Tratados como fuente, cuya consideración como fuentes depende del consentimiento expreso por las partes, en el caso de las normas internacionales consuetudinarias, la exigencia se limita a la constatación de una práctica general fundada en la conciencia de su obligatoriedad. El autor menciona que, en virtud de ello, el Derecho internacional consuetudinario vincula también a aquellos estados que no existían al momento del reconocimiento de una costumbre determinada. Una vez establecida una norma consuetudinaria internacional, solo puede ser alterada por una modificación general de la conciencia jurídica y no por la simple variación del comportamiento de los distintos Estados que se encuentran bajo las reglas de una costumbre asentada.

20. BARBERIS, J., ob. cit., p. 92. En particular este tipo de postura crítica, en cuanto a la necesidad del elemento psicológico como elemento constitutivo, tiene sus raíces en la lógica kelseniana y en las doctrinas cuyos razonamientos devienen de los principios sentados por la *teoría pura del derecho*. Siguiendo a esta crítica, el error visceral que se encuentra en la valuación del elemento psicológico, reside principalmente en que: los sujetos que llevan a cabo la práctica, deben generar una conciencia respecto de una norma que en realidad no existe; sumado a lo cual resulta casi imposible suministrar una prueba relevante para acreditar la existencia de una conciencia psicológica en la realización de una conducta por parte de un Estado o demás sujetos del derecho internacional.

- por la actitud interna de aquellos que cumplen con una práctica, no por imitación sino por considerarla como pauta o regla general”.²¹
- c) También estimo pertinente hacer una mención del carácter evolutivo que supone la práctica consuetudinaria, lo cual le otorga una conveniente capacidad para adaptarse de manera flexible a las situaciones concretas y a las necesidades socio-temporales en que se genere dicha práctica, en relación a una actividad o relación jurídica entre Estados. Esta posibilidad de transformación, supone una característica particular de la costumbre, sin la cual no contribuiría a la vinculación del perfeccionamiento del derecho con las creencias, valoraciones y necesidades también mutables de los Estados, en el campo del derecho internacional. En virtud de ello, y en relación al efecto jurídico de la costumbre, explica el constitucionalista argentino Bidart Campos, que ella posee una poderosa virtualidad para hacer caer la vigencia sociológica de las normas escritas a las que se opone, incluso de las normas constitucionales de un Estado.²² El sociólogo parisense Levy-Bruhl, refiere a esta virtud creadora de la costumbre como “un fenómeno de carácter general y universal”.²³

III. LA VALORACIÓN DE LAS PRÁCTICAS ESTATALES

Como último paso, antes de concentrarnos a modo exclusivo sobre el examen de las sentencias domesticas de los Estados, y en la relevancia de las mismas como elementos capaces de evidenciar la existencia de una costumbre internacional; haré una mención de aquellas cuestiones que hacen a la validez y aplicabilidad de la costumbre. Para ello es esencial destacar la relevancia de las prácticas estatales en el marco internacional. En lo referente a la hipótesis de este trabajo, considero que las resoluciones judiciales internas de un Estado se encuentran sin dudas dentro de las expresiones de mayor preponderancia, en tanto permiten percibir la valoración

21. BARBERIS, J., ob. cit., p. 97. se considera que una costumbre es jurídica a partir de la reacción que se genera en una comunidad como respuesta al incumplimiento sobre dicha regla jurídica. Coincido en el sentido de que, el contenido sancionatorio plasmado sobre aquella conducta que resulte antijurídica, puede revestir la utilidad para revelar cuál es el grado de interiorización que posee una comunidad respecto de la obligatoriedad de una conducta; pudiendo acarrear similares consecuencias jurídicas el incumplimiento de una regla consuetudinaria que la violación expresa de una norma jurídica.

22. BIDART CAMPOS, G. J., *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 203. Debe aclararse en cuanto a la pérdida de vigencia sociológica, que si bien priva de eficacia y aplicación a la norma afectada por una costumbre, dicha la norma se mantiene intacta en el orden normológico de la constitución. No supone por lo tanto, un efecto derogatorio.

23. LÉVY-BRUHL, H., ob. cit., p. 23.

jurídica de un Estado, en un momento dado, y respecto de situaciones jurídicas determinadas. Dichas sentencias no son sino una de las modalidades de expresión mediante actos internos, a través de los cuales los Estados pueden manifestarse; y nada obsta a una funcionalidad de dichos actos para constatar la existencia de reglas jurídicas consuetudinarias, como veremos luego, en la sección de análisis jurisprudencial.

Los elementos constitutivos de la costumbre, no solamente deben manifestarse de modo concurrente, deben también emanar de “aquellos órganos o agentes del sujeto del derecho internacional con capacidad de generar normas jurídicas, que estén ejerciendo prerrogativas del poder público”.²⁴ Además de ello es indispensable que las conductas que emanan de dichos órganos vayan dirigidas a otro sujeto del Derecho internacional Público que también goce de la capacidad de generar reglas de derecho. En este contexto, el sujeto o sujetos que receptan la conducta, se encuentran obligados a efectuar una manifestación. De otro modo, su silencio implicaría un consentimiento tácito en relación a la regla jurídica que se percibe. Lo cual nos trae a colación el concepto de la “Aquiescencia”, de trascendencia en la práctica del derecho internacional. Palabra que en nuestro idioma encuentra como sinónimo a la “aprobación o el consentimiento”, y que posee un origen del latín *acquiescentia* que es la calidad del *acquiescentis*, participio del presente del verbo *acquiescere*. Este verbo es un prefijado de “*Ad + quiescere*” (reposar, descansar) que desarrolla el significado de estar tranquilo con algo y por lo tanto estar de acuerdo, consentir en ello tranquilamente.²⁵ Es de relevancia la comprensión de este término, ya que su invocación puede ser determinante a la hora de interpretar la incorporación de una costumbre por parte de un Estado. En este sentido, el efecto que emana del silencio de un Estado, respecto a la realización de una conducta, que haya generado una expectativa jurídica en otros Estados, es idéntico al efecto que hubiese causado la aceptación de una regla jurídica por el primer Estado. Para el caso en que un Estado quiera oponerse a la constitución de una regla consuetudinaria, debe hacerlo desde el momento en que dicha costumbre comienza a tomar forma, lo cual se conoce a nivel doctrinario como el “objeto persistente”, entendiéndose mediante dicho término a la postura o posición que adopta un Estado, respecto de la realización de determinados actos por parte de uno o varios estados distintos. Argumenta Gutiérrez Posse: “Si aquel, o aquellos, a quienes se dirige la conducta no concuerdan en que a partir de este acto unilateral se genere una regla de derecho han de protestar expresa

24. GUTIERREZ POSSE, H., *Guía general para el conocimiento de los elementos del derecho internacional público*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 29.

25. Etimología General, *Diccionario de la Real Academia Española-22ª Edición-2001*, consultado en [<http://etimologias.dechile.net>] el 14/07/2013.

y claramente. De no mediar una objeción persistente, su silencio podría implicar aquiescencia”.²⁶

En lo atinente a las costumbres de naturaleza “bilateral”, cuando un Estado alegue la existencia de una costumbre respecto de relaciones jurídicas con otro Estado, el primero debe probar la existencia de la costumbre entre ellos, lo cual supone el aporte de las pruebas que conforman los elementos Material y Psicológico de la costumbre internacional, que ya fueron desarrollados anteriormente en este trabajo. En cambio cuando se trate de costumbres “generales”, (entendiendo por tales aquellas reglas jurídicas que comprenden a todos los sujetos de la comunidad internacional) será el sujeto que alegue la inexistencia o inoponibilidad de una regla jurídica, el encargado de probar dichas circunstancias, debiendo comprobar entonces, la inoperancia de la costumbre.

IV. LA JURISPRUDENCIA INTERNA COMO ELEMENTO PROBATORIO DE LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

Ya he mencionado con anterioridad en este trabajo, el carácter otorgado por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia a la jurisprudencia en su artículo 38, en tanto medio auxiliar para la determinación de reglas de derecho. Si bien este trabajo incentiva un reconocimiento, en cuanto a la relevancia que posee la jurisprudencia domestica como elemento probatorio válido, respecto de la existencia de una costumbre a nivel internacional; existen a su vez opiniones que niegan dicha posibilidad, al considerar que “la jurisprudencia nacional es un mero hecho para el derecho internacional”.²⁷ Pero lo cierto es, que la jurisprudencia supone una expresión directa de la valoración del derecho en un momento y lugar determinado. No

26. GUTIERREZ POSSE, H., ob. cit., p. 29. Aquella practica cumplida con conciencia de obligatoriedad puede ser realizada por un sujeto de derecho internacional, dirigida en modo exclusivo a otro sujeto de derecho internacional determinado; en este caso se tratara de una costumbre “bilateral” (es indispensable que se participen en la formación de una regla jurídica, al menos dos Estados, ya que una sola voluntad no puede resultar generadora de una costumbre. Pero si aquella conducta es dirigida a los sujetos de la comunidad internacional, estaríamos en presencia de una costumbre “general” (en este caso, cuando exista una opinión general de que dicha costumbre protege un bien esencial para el conjunto de los Estados de la comunidad internacional, se estaría en presencia de una norma jurídica imperativa y con efectos “erga omnes”). En este último caso de costumbre general o regional, no es necesario que sea percibida como válida por todos los sujetos del derecho internacional, sino que resulta suficiente con la aceptación de la comunidad internacional en su conjunto.

27. DRNAS DE CLÉMENT, Z., *Las fuentes del derecho internacional en la jurisprudencia de La Corte de Justicia de la Nación Argentina*, Córdoba, Lerner, 1995, p. 14. Se explica que son las sentencias internacionales aquellas que pueden tener valor como fuente autoritativa en la aplicación del derecho a un caso determinado, y como medio para determinar la existencia de normas consuetudinarias.

solo en virtud de la autoridad de la cual emana, sino que supone una ponderación socio-cultural respecto de los valores reconocidos como válidos por una comunidad, expresada en este caso a través de los tribunales de mayor jerarquía en un país. En este sentido menciona Levy-Bruhl: “El juez participa de alguna manera en la labor legislativa, en la medida en que modifica el significado de la norma. En este sentido la jurisprudencia crea derecho (...). El número de innovaciones y progresos jurídicos que produce es considerable”.²⁸

Resulta necesario reconocer el valor de la jurisprudencia de un país, en tanto disciplina que permite una lectura jurídica del derecho, cuya función es analizar y ponderar la consistencia de argumentos, en relación a la base del sistema, “con el propósito de determinar el derecho aplicable a una cuestión jurídica (...) que el objeto de la jurisprudencia es la reformulación del derecho positivo, entendiendo por tal, el conjunto de normas, prácticas, convenciones, etcétera, establecido por actos sociales [históricos] aceptados como las instancias institucionales creadoras del derecho”.²⁹ Comenzaré a exponer los fundamentos, partiendo de esta concepción de las Resoluciones judiciales domésticas, en tanto revelaciones directas y representativas, cuya interpretación puede hacer surgir derechos y obligaciones en el plano internacional.

Si nos detenemos en el concepto de derecho consuetudinario positivista ideado por *Strupp*,³⁰ solo se reconocían como constitutivos de la costumbre a aquellos actos realizados por órganos del estado con la correspondiente competencia internacional, excluyendo así otras posibilidades en tanto precedentes de formación, como los actos jurisprudenciales, criterio que se mostraba inverosímil en relación con el desarrollo normativo en la práctica internacional. Si observamos la clasificación diseñada por Rousseau, los actos de relevancia jurídica a nivel internacional pueden emanar tanto de órganos estatales como interestatales; incluyendo de este modo:

- a) Los actos de práctica gubernamental y diplomática (Poder Ejecutivo) que refleja el tipo de relaciones y conductas de un estado con el resto de los estados de la comunidad internacional;

28. LÉVY-BRUHL, H., ob. cit., p. 35. El autor reconoce, en el ejercicio de estas virtualidades legítimas, al juez como una fuente viva del derecho.

29. TAMAYO Y SALMORAN, R, *La jurisprudencia y la formación del ideal político: introducción histórica a la ciencia jurídica*, México, Universidad Nacional de México, 1983, pp. 113-114. Hago referencia a lo tratado en esta obra, en tanto en ella se reconoce el alto valor estimativo y de fuente autoritativa, que posee la jurisprudencia, en tanto la misma se constituye en un “corpus válido” de principios sobre las funciones jurídicas del Estado. Es en virtud de ello que la jurisprudencia puede fundamentar o proscribir una acción política o gubernamental.

30. ROUSSEAU, C., ob. cit., p. 99.

- b) Las leyes internas de un Estado (leyes, decretos, reglamentos) que también traslucen líneas de conducta y permiten analizar la postura respecto a la política exterior que parte desde un determinado ordenamiento jurídico;
- c) Las decisiones judiciales de derecho interno, que suponen el pronunciamiento de los tribunales nacionales de un Estado respecto de casos en que se involucren aspectos normativos regulados por del derecho de gentes.

En sentido similar al último de los puntos mencionados por Rousseau, y en relación con el objeto de estudio, se percibe una tendencia, por un sector de la doctrina nacional, al reconocimiento y la aceptación de los actos jurisprudenciales internos, en tanto medios que hacen a la prueba de la costumbre, menciona Gutiérrez Posse: “los medios a los que se puede acudir para probar tanto una práctica como la opinio iuris, emanan de actos internos y de actos internacionales. De este modo, una sentencia proveniente de un Tribunal Superior en el ámbito interno, una ley, un decreto de la autoridad administradora, un acto de la administración, pueden ser invocados como pruebas de ambos elementos”.

Haciendo alusión, claramente, a la constatación de los elementos material y psicológico de la costumbre.³¹ Y en un estudio referente al desarrollo del Derecho Humanitario, la autora también alude al valor de la jurisprudencia en el sentido de que:“(…) no comporta per se un proceso autónomo de creación. Sin embargo, esta vía de verificación cobra particular relevancia cuando frente a un caso de especie corresponde establecer el sentido y alcance de una particular norma jurídica (...) Así, en la determinación de la conciencia de obligatoriedad con la que se acepta una práctica o en la verificación del reconocimiento de un principio por los distintos sistemas jurídicos internos, las decisiones judiciales merecen ser consideradas con especial atención en razón de la reconocida competencia de los magistrados que integran los Tribunales Internacionales”.³²

31. GUTIÉRREZ POSSE, H., ob. cit., p. 31. Se menciona a modo de ejemplo: Cuando como resultado de una sentencia del máximo órgano jurisdiccional de un Estado, se sostuviese en relación a un río que atraviesa varias jurisdicciones, que el aprovechamiento de sus aguas corresponde a cada una de ellas en razón de sus necesidades siempre que no se cause perjuicio a las demás, se aceptara la posibilidad de invocar dicha resolución judicial para sostener que el Estado en cuestión entiende que se trata de una regla de derecho también aplicable a los ríos que atraviesan el territorio de dos o más países, es decir a los ríos internacionales de curso sucesivo. Se observa entonces, siguiendo esta valoración doctrinaria, una apreciación positiva respecto a la posibilidad de utilizar como sustento las sentencias internas.

32. GUTIÉRREZ POSSE, H., “Interacción entre tratado y costumbre Aporte de los protocolos adicionales al desarrollo del derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2003, consultado en [http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/gutierrez_posse.pdf] el 31/08/2014.

Por su parte, Barberis también reconoce la posibilidad de hallar en la jurisprudencia, algunos ejemplos de normas consuetudinarias formadas por la práctica de los tribunales estatales; mencionando a título de ejemplo las sentencias del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en los casos del buque francés *Lotus*, y la controversia de los empréstitos noruegos entre Serbia y Francia. Serán analizados ambos fallos en la sección de jurisprudencia.³³

Comprendo que la función de los jueces nacionales, supone la solución de las controversias sociales que se presenten, en principio dentro su Estado. La fuerza que emana de una sentencia, genera un precedente en el ordenamiento jurídico, y a su vez, las sentencias que emanan de la Instancia judicial máxima de un Estado, generan una tendencia a modo de instrucción interpretativa sobre los tribunales inferiores del mismo. El carácter imponente de una resolución de Corte, genera diversas consecuencias y responsabilidades atribuibles a un Estado, debido a su naturaleza como actos de interpretación directa de los principios constitucionales. En razón del principio de la unidad del Estado,³⁴ se comprende que todo acto u omisión del órgano judicial que resulte violatorio de una obligación internacional, compromete la responsabilidad internacional del Estado. Me permito interpretar, que las posibles implicancias que se generan en el marco del derecho internacional, a partir de un acto judicial interno, revelan una cualidad participativa del Máximo tribunal, respecto del desenvolvimiento de las relaciones jurídicas internacionales de un país determinado. Si afirmamos que dichos actos internos pueden obligar a un Estado respecto a otro Estado (o sujeto del derecho internacional), también podemos afirmar, que aquellos principios jurídicos que emanen de una sentencia doméstica, pueden obligar a un Estado, en tanto elementos probatorios que puedan evidenciar la existencia de una costumbre internacional. Se estaría aceptando, la posibilidad de una extensión jurídica, respecto al criterio normativo de los tribunales de un Estado, para tornarlo aplicable a situaciones análogas en el marco del derecho internacional.

Fue a lo largo de la indagación doctrinaria que realicé para comparar la valoración de la jurisprudencia interna de los Estados, por parte de diversos internacionalistas, que me resultó de interés (a los fines de enriquecer la exposición de mi propuesta con este trabajo) la reseña efectuada por el doctrinario Daniel Antokoletz en su Tratado de derecho internacional público, al mencionar que ciertos autores como “Calvo, Renault, Phillimore, no desconocen todo valor internacional a las leyes y jurisprudencia interna; primero porque se los puede invocar en contra del Estado

33. BARBERIS, J., ob. cit., p. 100. El autor presenta dichos fallos como antecedentes referidos a cuestiones del derecho internacional privado, en los cuales los tribunales internacionales arriban a una solución, aplicando normas que si bien pertenecen al derecho de gentes, han sido creadas mediante la práctica de los órganos judiciales internos.

34. DRNAS DE CLÉMENT, Z., ob. cit., p. 2-3.

en que se dictan, y además, porque hay ejemplos de leyes y fallos que preparan el terreno a la codificación internacional, como es el caso del código norteamericano de Lieber, o la jurisprudencia de los tribunales de presas de la Gran Bretaña”.³⁵ En virtud de ello, el mencionado autor evalúa el real alcance internacional de la jurisprudencia de los tribunales locales, considerando que dichas sentencias pueden ser invocadas por los Estados extranjeros en contra del Estado en donde fueran dictadas, “siempre que importen el reconocimiento expreso de reglas internacionales”.³⁶ Si se aceptan dichas reflexiones, se puede reconocer como viable la posibilidad de un planteo entre distintos Estados destinado a demostrar la existencia de una conducta consuetudinaria que rija una relación jurídica internacional; viéndose la misma determinada por las sentencias de los tribunales judiciales nacionales de cada país, de las cuales emanan principios que afectan el accionar político y diplomático de un Estado en sus relaciones externas con otros Estados.

A consideración de Raúl Vinuesa, pueden existir actuaciones internas de un estado, que inconscientemente suponen una analogía con la realización de una práctica por parte de otro u otros estados “En este contexto el estado estaría obligado a realizar o a abstenerse de realizar ciertos actos en razón de su derecho interno y del derecho internacional al cual se encuentra obligado por un tratado o por una costumbre internacional. Lo trascendente en el ámbito del DIH respecto de esta duplicidad normativa internacional y doméstica radica en que la violación de una norma interna es a la vez la violación de una norma internacional”.³⁷

Considero de importancia destacar, el efecto vinculante que surge de la internacionalización de una práctica interna, evidenciada a través de una sentencia judicial doméstica, la cual se constituye como precedente probatorio de una norma del derecho internacional consuetudinario. Se puede concluir entonces, que los Estados se encuentran constreñidos a respetar la normativa internacional emanada de la costumbre, en tanto hayan aceptado la coherencia de dichos principios para la regulación jurídica de situaciones, que tienen lugar en el territorio comprendido bajo los límites políticos de su soberanía. En lo que a la valoración de la jurisprudencia concierne, estimo que si en virtud de intereses políticos gubernamentales, un Estado pretendiese proyectar nociones distintas del derecho para el plano internacional, se

35. ANTOKOLETZ, D., ob. cit., p. 32.

36. ANTOKOLETZ, D., ob. cit., p. 33.

37. VINUESA, R., “La formación de la costumbre en el derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1998, consultado en [<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlp2.htm>]. Se genera de este modo la responsabilidad internacional del Estado, más allá de las consecuencias que produzca a nivel doméstico la violación de una norma de ese derecho. Si bien el estudio de Vinuesa apuesta a las prácticas estatales en sentido amplio, en tanto precedentes de una costumbre del derecho internacional, se presentan conceptos comunes, en virtud de mi consideración hacia el valor de la Jurisprudencia interna.

estaría desestimando el poder y la autoridad que emana de sus propios tribunales para el plano interno. Dicho de otra manera, al no respetarse en el extranjero, aquellas decisiones que en un país tienen carácter imperativo, se estaría poniendo en peligro la seguridad jurídica atinente a dicho Estado.

V. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

*A) “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros, causa No. 259”:*³⁸

En este fallo, la causa llega a conocimiento de la Corte como resultado de la interposición de un recurso de queja, por parte del querellante en representación del estado de Chile. Ello se dio en respuesta a la sentencia de La Cámara de Casación Penal, que había declarado la prescripción del delito de asociación ilícita, imputado a Enrique Lautaro Arancibia Clavel. La mencionada asociación, tenía por finalidad la persecución de los opositores políticos al régimen de Pinochet, exiliados en la Argentina. En virtud de ello se califica la conducta como delito de lesa humanidad. La Corte analiza la prescripción en los delitos de lesa humanidad en el derecho interno, y la contradicción con los principios del derecho internacional consuetudinario.

En relación a la valorización de la jurisprudencia doméstica, como elemento probatorio que permita comprobar la aplicabilidad de una norma consuetudinaria internacional, en el fallo bajo análisis, la Corte invoca un precedente judicial para acreditar la postura del Estado argentino en respecto al carácter imprescriptible que poseen los delitos de lesa humanidad, en virtud de ello, expresa que: “Al momento de los hechos, el Estado argentino ya había contribuido a la formación de la costumbre internacional a favor de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad (conf. Fallos: 318:2148, voto del juez Bossert, considerando 88 y siguientes) (...) Que de acuerdo con lo expuesto, y en el marco de esta evolución del derecho internacional de los derechos humanos, Puede decirse que, la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional. Que en consecuencia los hechos por los cuales se condenó a Arancibia Clavel, ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse, con lo cual no se da una aplicación retroactiva

38. CSJN (08.03.2005), A. 869. XXXVII.

de la convención, sino que ésta ya era la regla por costumbre internacional vigente desde la década del '60, a la cual adhería el Estado argentino".³⁹

En función de ello la corte se expresa declarando que la acción penal no se había extinguido respecto de Enrique Lautaro Arancibia Clavel, por cuanto las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

B) "Priebke, erich s/ solicitud de extradición — causa n° 16.063/94".⁴⁰

El análisis de la sentencia en el caso Priebke es de gran importancia como fundamento de este ensayo, en tanto constituye un precedente judicial interno emanado de un tribunal supremo, que luego resulta invocado por la Corte Suprema De Justicia de la Nación en el fallo Arancibia Clavel, al cual me he referido en los párrafos anteriores. El fallo es traído a colación por la Corte, debido a su relevancia para acreditar el criterio internacional del Estado nacional respecto de una conducta jurídica determinada, los crímenes de lesa humanidad. En el fallo, la República de Italia presenta una solicitud de extradición de Erich Priebke, acusado como responsable por la muerte de trescientas treinta y cinco personas. Para calificar las conductas realizadas por el imputado, la corte refiere a una concurrencia entre los "crímenes de guerra" y aquellos crímenes contra la humanidad, en tanto se dirigen contra la persona o la condición humana, y en donde el individuo como tal no cuenta sino en la medida en que sea miembro de una víctima colectiva a la que va dirigida la acción.

En opinión del voto mayoritario: "Que tal calificación, que atiende a la comisión de delitos contra la humanidad, responde a los principios del *ius cogens* del derecho internacional. En esas condiciones, y dado que dichos delitos son imprescriptibles, corresponde hacer lugar a la extradición solicitada".⁴¹

En opinión del juez Bossert: "Que a la luz de estos antecedentes, cabe concluir en que la práctica de la República Argentina basada en su conocimiento del deber contenido en las directivas impartidas por la Asamblea General, importó una innegable contribución al desarrollo de una costumbre internacional a favor de la imprescriptibilidad".⁴²

39. *Ibid.*, consid. 31 y ss. del voto de la mayoría.

40. CSJN (14.11.1995), p. 457. XXXI.

41. *Ibid.*, consid. 76 del voto de los jueces Nazareno y Moline o'Connor.

42. *Ibid.*, consid. 89 del voto del juez Bossert.

En los votos de estos magistrados, se manifiesta la adopción de un criterio en favor de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, incluyendo en el caso del juez Bossert, una mención esclarecedora en relación a la contribución de nuestro país para el desarrollo de dicho criterio jurídico.⁴³

C) S.S. LOTUS [1927] CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, SER. A, No. 10:

En esta ocasión, la controversia surge como consecuencia de la colisión entre el barco a vapor Lotus que se dirigía rumbo a Constantinopla, y el barco carbonero Boz Kourt, el cual se hundió como resultado del accidente, en relación a ello fallecieron ocho ciudadanos que iban a bordo de este último barco. El oficial de vigilancia a bordo del Lotus era Monsieur Demons, ciudadano francés; mientras que los movimientos del Boz-Kourt eran dirigidos por el Capitán Hassan Bey. Ambos sujetos fueron arrestados y acusados bajo el cargo de homicidio culposo, con base en la querrela impulsada por las familias de las víctimas de la colisión. El caso se llevó a cabo ante la Corte Criminal de Estambul, cuya decisión fue sentenciar al Teniente Demos a 80 días de prisión y a una multa de veintidós libras, siendo Hassan Bey sentenciado con una pena ligeramente más severa. La resolución judicial fue apelada y se decidió de común acuerdo, someter la jurisdicción al Tribunal de La Haya. En el planteo efectuado por parte del Estado francés, se sostenía una violación expresa del derecho de gentes, debido a la imposibilidad de que el Estado de Turquía instruyera un proceso penal para reprimir delitos cometidos por un sujeto extranjero en un Estado extranjero, fundando ello únicamente en la nacionalidad de la víctima. La Corte interpreta que Turquía también no solamente argumentaba la competencia de sus tribunales en la nacionalidad de la víctima, sino también, debido a que las consecuencias del delito perpetrado por el capitán del buque Lotus, se habían producido dentro del territorio turco; Para llegar a esta conclusión, el tribunal recurrió a una regla consuetudinaria creada por los tribunales estatales según la cual, *el delito cuyo autor se encontraba en el extranjero en el momento de su comisión, debe ser considerado como habiendo sido cometido en el territorio nacional, si el resultado del hecho ha tenido lugar en él.*⁴⁴

Contrariamente a lo alegado por parte del Estado francés, la Corte concluye que no existía ninguna regla de derecho internacional relativa a casos de colisión,

43. La sentencia analizada constituye un precedente de valor que años después es retomado por la Corte para fundar la imprescriptibilidad de crímenes con similares características; se percibe una función probatoria de la resolución judicial, para acreditar la existencia de una costumbre internacional en relación a un Estado.

44. C.P.J.I., Série A, n° 10, p.23, citado por BARBERIS, J., ob. cit, p. 100.

en referencia a que los procedimientos criminales caigan exclusivamente dentro de la jurisdicción del Estado del pabellón, desvirtuando de este modo unos de los argumentos centrales presentados por los representantes de Francia ante la Corte. Se concluye que no se ocasionaba una lesión a normativas del derecho internacional mediante la atribución de competencia de los tribunales turcos, la cual la Corte reputa como válida.

El análisis de este fallo resulta interesante a los fines de mi investigación, ya que para arribar a su sentencia, la corte encuentra muchos fundamentos en las interpretaciones jurídicas efectuadas por “las cortes de muchos países”. Es con fundamento en el contenido de sentencias domésticas, que puede tomar conocimiento de la existencia de una norma consuetudinaria internacional; en el sentido de que los delitos cuyos autores al momento de cometerlos están en territorio de otro Estado, deben ser considerados como cometidos en el territorio nacional cuando uno de los elementos constitutivos del delito y los efectos del mismo han ocurrido allí. Incluso el Tribunal menciona haber realizado un análisis de varias sentencias, en las cuales los pronunciamientos de las cortes francesas expresaban una aceptación respecto de situaciones análogas al accionar jurídico desarrollado por parte de Turquía.

*D) C.P.J.I., Caso de los Empréstitos Sérbios [1929], Série A, N° 20/21
(Francia c. Serbia):*

La Corte se expide para determinar la ley aplicable a un contrato. La controversia de derecho, tiene como origen un contrato de empréstito celebrado entre Francia y Serbia.

Los representantes del gobierno Serbio alegaban que aquellos empréstitos que fueran emitidos en Serbia, debían regirse por las leyes francesas. Por su parte Francia planteaba que debía aplicarse la normativa del ordenamiento jurídico de serbia, en lo referente al servicio financiero del empréstito. El tribunal decide sobre el litigio tomando como base una norma según la cual, la ley aplicable a un contrato se determina inspirándose en la naturaleza misma de las obligaciones y de las circunstancias que han acompañado su creación. La corte le asigna a dicha norma un carácter consuetudinario, y expresa que “ha sido creada mediante decisiones judiciales internas”.⁴⁵

45. C.P.J.I., Serie A, n° 20/21, p.41. Citado por Barberis, ob. cit., p.101.

E) “*La Pampa c/ Mendoza s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos*”:⁴⁶

En el fallo bajo análisis, la Provincia de La Pampa inicia demanda judicial contra la Provincia de Mendoza, con la finalidad de que se condene a esta última a no exceder la posesión que ejerce sobre las aguas públicas inter-jurisdiccionales que integran la sub cuenca del río Atuel y sus afluentes; además con el objeto de establecer una reglamentación de los usos en forma compartida entre ambas provincias. Se discute si el proceso de aprovechamiento intensivo de los ríos, perjudicaba el régimen de escurrimiento del río Atuel, ocasionando efectos negativos para la actora, (entre ellos la desaparición de los caudales que llegaban a jurisdicción pampeana); se discute también el carácter interprovincial del río Atuel, negado en este caso por Mendoza.

En su análisis, nuestra Corte establece; que en las relaciones de los Estados en cuestión, se aplican las formas y los principios del derecho internacional público (y no del derecho privado), lo cual se puede reafirmar con diversas opiniones doctrinarias y con la jurisprudencia de la misma Corte”.⁴⁷ Se percibe el valor que posee la jurisprudencia nacional de un Estado, para fundar el reconocimiento y la aplicación de principios del derecho internacional, en la resolución de litigios interprovinciales dentro del mismo.

Nuestra Corte resalta un conjunto de principios que surgen de la jurisprudencia estadounidense, entre ellos que: 1) los Estados tienen un derecho igual a obtener los beneficios de las corrientes de agua naturales que dividen o atraviesan sus respectivos territorios; 2) esta doctrina recibe aplicación, cualquiera sea el sistema legal imperante en cada Estado; 3) de esa jurisprudencia nace un derecho común interestatal, concepto con que traduce la expresión interstate common law.

Se acepta el valor de los fallos de la Corte estadounidense para la resolución de cuestiones de derecho internacional público, en tanto de dicho órgano emanan soluciones jurídicas que representan la postura de un Estado en el plano internacional y son generadoras de derecho consuetudinario. Nuestra Corte cita al catedrático neoyorquino Bernard Schwartz para explicarlo: “Que era en el estudio de los antecedentes norteamericanos donde podían encontrarse los fundamentos de esta intervención de la Corte como árbitro final de semejantes conflictos y la naturaleza misma de los alcances de aquélla. Tal surge de la obra de Bernard Schwartz (...) al comentar la jurisprudencia de la Corte Suprema afirma: “De acuerdo con el Supremo Tribunal, su jurisdicción originaria es uno de los poderosos instrumentos que los constituyentes proporcionaron a fin de que estuviera disponible el adecuado

46. CSJN (30.12.1987), L. 195. XVIII.

47. *Ibid.*, consid.62 y ss. del voto de la mayoría.

mecanismo para el arreglo pacífico de las disputas entre los estados, y como prueba de su aserto recuerda el caso de 324 U.S., 439, donde la Corte señaló que los procedimientos judiciales ante ella eran el pacífico sucedáneo de la confrontación bélica o de la alternativa, imposible por la naturaleza de los estados, de la negociación diplomática” (Schwartz: “los Poderes del Gobierno”, T. 1, pág. 472, edición de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México, 1966). El mismo autor ponía como ejemplo de esa intervención los conflictos interestatales sobre utilización de las aguas que, según expresa, “han llegado a ser el segundo motivo que origina más litigios entre los estados de que conoce la Suprema Corte” (ob. cit., pág. 473)”⁴⁸.

Comprendo a su vez que, de la lectura del voto disidente correspondiente al Señor Ministro Dr. Don Carlos S. Fayt, se rescata **la importancia institucional y decisoria que la Constitución Nacional le otorga a las sentencias de la CSJN**: “Que si la Constitución Nacional ha confiado la decisión de las quejas interprovinciales a esta Corte, que es un tribunal de justicia (...) cabe inferir que al preferir, de entre los poderes supremos del Estado, en este caso, al que por sus funciones ordinarias está constantemente abocado a tomar decisiones fundadas en derecho, ha deseado que sean en el ámbito del derecho que las quejas interprovinciales se resuelvan (...). Que ésta es, finalmente, la ocasión de efectuar algunas precisiones doctrinarias sobre la índole de la jurisdicción dirimente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que como señaló es muy diversa a la establecida por los artículos 100 y 101 para su actuación como tribunal de justicia”⁴⁹.

Luego el Ministro destaca el valor de las sentencias judiciales en tanto establecen interpretaciones que otorgan vida y realidad a la letra de la Constitución, manifestando en la práctica los intereses políticos y la moral del país a lo largo de los años: “La Corte Suprema de Justicia es, en el campo que el art. 109 acota el órgano de esa conciliación y no podrá olvidar en la tarea que aquí emprende lo que dijo también en el fallo citado; con palabras que tienen ahora una especial vigencia: “El valor mayor de la Constitución no está en los textos escritos que adoptó y que antes de ella habían adoptado los ensayos constitucionales que se sucedieron en el país durante cuarenta años, sin lograr realidad, sino en la obra práctica, realista, que significó encontrar la fórmula que armonizaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y belicosas. Su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer con el cambio

48. *Ibid.*, consid. 64 del voto de la mayoría.

49. *Ibid.*, consid. 4 del voto del juez Fayt.

de ideas, crecimiento o redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación” (Fallos: 178:19).⁵⁰

En coincidencia, Ruiz Moreno explica que “La Constitución Argentina atribuye a nuestra Corte Suprema la interpretación de una serie de cuestiones que afectan la personalidad internacional de la nación”.⁵¹

Finalmente el Tribunal reconoce en su fallo, el carácter interprovincial del río Atuel, y a la vez considera que no se encuentra evidencia suficiente para acreditar un notorio mal uso de la red de riego mendocina, lo cual conduce a desestimar el reclamo de La Pampa. Se intima a las partes a negociar de buena fe para lograr un acuerdo de participación razonable y equitativa en lo referente los futuros usos de las aguas del Río Atuel.

Se incorpora un precedente jurisprudencial destacado, que establece importantes apreciaciones y principios, en la valoración de la jurisprudencia nacional e internacional, y a su vez respecto de la relevancia en la interpretación de las decisiones de nuestra Corte Suprema, a la luz de la Constitución Nacional.

VI. A MODO DE COLOFÓN

Se ha tratado, a lo largo de este trabajo, de colaborar al desarrollo de una tendencia inclusiva, en consideración de la importancia que poseen los pronunciamientos de los tribunales internos, en la comprobación de la existencia de una regla consuetudinaria, en derecho internacional. Efectúo mi valoración, entendiendo que a través de una sentencia se cristalizan los resultados de un estudio realizado por magistrados en cuanto a circunstancias fácticas que adquieren una relevancia jurídica en un momento dado. Es a partir de comprender la preponderancia funcional que hace al órgano judicial de un Estado, que se puede apreciar el valor intrínseco que ofrece cada sentencia.

Me he esmerado en destacar la expresión de las resoluciones judiciales de la Corte Suprema, como generadoras de consecuencias jurídicas que recaen no solo en el ordenamiento interno de un Estado, sino también como condicionantes de las actuaciones del mismo en el desarrollo de sus relaciones con otros Estados. El estudio de la jurisprudencia, me permitió encontrar principios análogos entre los ordenamientos jurídicos nacionales y la normativa del derecho de gentes; lo cual permite deducir la existencia de circunstancias, en que la elaboración jurídica de los tribunales domésticos posee relevancia para la formación normativa del derecho

50. *Ibid.*, consid. 5 del voto del juez Fayt.

51. RUIZ MORENO, I., *El derecho internacional público ante la Corte Suprema*, Buenos Aires, EUDEBA, 1970, p. 13.

consuetudinario internacional. Es en razón de ello que dichos precedentes devienen vinculantes, no debiendo un estado alegar el desconocimiento de principios que emanan de uno de sus órganos internos. Concluyo ahora este trabajo de investigación, que fue impulsado por un interés personal, en demostrar aquello que concibo como una virtualidad implícita en los precedentes judiciales de un Estado, para evidenciar percepciones de derecho que pueden resultar determinantes al momento de decidir una controversia, reconocer derechos y obligaciones, o para calificar conductas en el ámbito del derecho internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTOKOLETZ, Daniel, *Tratado de derecho internacional público, en tiempo de paz y en tiempo de guerra*, Buenos Aires, La Facultad, 1938.
- Anuario De Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Instituto de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1981.
- BARBERIS, Julio A., *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco, 1994.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.
- DEL CASTILLO, Lilian, *El derecho Internacional en la Práctica Argentina*, Buenos Aires, Errepar, 2012.
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, *Derecho internacional público: casos prácticos*, Córdoba, Lerner, 1995.
- , *Las fuentes del Derecho Internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina*, consultado en [http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/las-fuentes-del-derecho-internacional-en-la-at_download/file] el 29/08/2014.
- GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia, *Guía para el conocimiento de los elementos de derecho internacional público*, Buenos Aires, La Ley, 2003.
- , “Interacción entre tratado y costumbre Aporte de los protocolos adicionales al desarrollo del derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2003, consultado en [http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/gutierrez_posse.pdf] el 31/08/2014.
- LÉVY-BRUHL, Henry, *Sociología del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1964.
- LLAMBIAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil: parte general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. I (Nociones fundamentales, personas).
- ROUSSEAU, Charles, *Derecho internacional público*, Barcelona, Ariel, 1996.
- RUIZ MORENO, Isidoro, *El derecho internacional público ante la Corte Suprema*, Buenos Aires, EUDEBA, 1970.

- TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, *La jurisprudencia y la formación del ideal político: introducción histórica a la ciencia jurídica*, México, Universidad Nacional de México, 1983.
- VERDROSS, Alfred, *Derecho internacional público*, Madrid, Aguilar, 1957.
- VINUESA, Raúl Emilio, “La formación de la costumbre en el derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1998, consultado en [<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlp2.htm>].