

Reinterpretación de las fuentes del Derecho Internacional desde una perspectiva de derechos humanos

POR **FAVIO FARINELLA** (*)

Sumario: I. Introducción.- II. Las fuentes tradicionales.- III. Críticas al artículo 38 del Estatuto CIJ.- IV. Fuentes contemporáneas.- V. A modo de opinión.- VI. Bibliografía

Resumen: tratados y costumbre resumen las fuentes principales del derecho internacional público. Ambas son creadas por los Estados. Esta respuesta técnica revela muy poco sobre cómo se generan, invocan y aplican estas y otras fuentes. Partimos del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) a fin de evaluar las fuentes citadas y, sobre todo, las omitidas. Respecto de estas, en algún caso el olvido fue intencional, al no ser consideradas suficientemente “tradicionales”. En otros casos, actos que hoy revisten la calidad de fuentes no existían o su desarrollo era embrionario. El presente impone revisar esta cuestión, considerando que el paradigma de los derechos humanos establece hoy límites ciertos al poder decisorio del Estado. Varias de las actuales fuentes que protegen los derechos fundamentales del individuo son subestimadas o relegadas al momento de interpretar el Derecho Internacional Público (DI) por parte de ciertos tribunales internacionales. Analizamos las mismas bajo el título de “fuentes contemporáneas”. En suma, en el desarrollo del presente trabajo, (i) reinterpretaremos las fuentes tradicionales del DIPu (Derecho Internacional Público) a la luz del paradigma de los derechos humanos; y (ii) sopesaremos el valor de otros hechos generadores de normas internacionales a las que llamamos “fuentes contemporáneas”.

Palabras claves: fuentes del DIPu - derechos humanos - soberanía - Estado e individuo

(*) Prof. e Investigador. Universidad Nacional de Mar del Plata, Universidad Abierta Interamericana, Argentina. PhD. BSc. in International Relations and Politics, University of London, Exbecario Seoul National University, Comisión Europea Programa Marie Curie y TMC Asser Institute.

A reinterpretation of sources of Public International Law from a human rights approach

Abstract: *treaties and customary law are the classic sources of Public International Law, both of which are created by the State. This simple explanation tells us nothing about how sources of international rules are recognised, invoked and applied. Our paper starts from Article 38 of the Statute of the International Court of Justice aiming to assess its content and, what we believe it is more important, some 'contemporary' sources which have been omitted. Some of the latter did not exist as such at the time the Article was written. Others evolved with the paradigm of human rights along the 20th Century. We believe this situation needs to be addressed at present when human rights limits actions and decisions of States. In brief, our aim is twofold: (i) to re-interpret traditional sources of public international law which are rooted in the consent of states in the new context provided by the theory of human rights; and (ii) to analyse other events that may be considered as sources of international laws, which we label as 'contemporary.'*

Keywords: *sources of IL - human rights - sovereignty- State and the individual*

I. Introducción

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ de aquí en más) replica los términos de un artículo igual redactado para el Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional durante el período de la Sociedad de Naciones. Identifica claramente cinco fuentes del Derecho Internacional Público (DIPu en adelante):

- (i) las convenciones internacionales;
- (ii) la costumbre internacional;
- (iii) los principios generales de derecho;
- (iv) las decisiones judiciales;
- (v) la doctrina de los publicistas.

Se menciona igualmente una sexta fuente de carácter incidental: la equidad.

Puede afirmarse que la lista provista por el artículo es incompleta ya que, habiendo sido adoptado casi cien años atrás, no pudo tomar en consideración la evolución posterior del DI. No obstante las carencias y críticas sufridas, al menos este artículo 38 provee una base cierta desde la cual se pueden comentar las fuen-

tes del DIPu que llamaremos “tradicionales” en alguna medida para oponerlas a las “nuevas y olvidadas” de las que trataremos en la segunda parte de este trabajo.

II. Las fuentes tradicionales

II.1. Tratados

La importancia de los tratados como fuente del DIPu aumenta a medida que la interacción entre los sujetos clásicos del sistema internacional se intensifica. El efecto de un tratado en la formación de reglas del DIPu depende de la naturaleza del tratado en cuestión. Se acostumbra distinguir entre aquellos tratados que crean derecho (*law making treaties*) y aquellos otros que sientan reglas de aplicación universal, muchas de ellas tendientes a la codificación de la costumbre internacional. No obstante, en ambos casos, respecto de las Partes contratantes, la obligatoriedad nace del consentimiento estatal.

El consentimiento es, entonces, la piedra de toque en este tema y en la formación del DIPu en su conjunto desde el inicio del mismo hasta el siglo XX. Veremos luego que solo en las últimas décadas del siglo pasado, el DIPu comienza a independizarse lentamente y solo respecto de ciertas cuestiones, de la exclusiva voluntad estatal que lo marcó desde su inicio.

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT en adelante) define a un tratado como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (artículo 2(1)a). El tratado obliga a los Estados partes del mismo y solo excepcionalmente puede afectar a terceros creando derechos u obligaciones a su respecto. Los artículos 35 a 37 de la CVDT tratan tales excepciones.

Los tratados multilaterales intentan generalmente establecer reglas de aplicación común y evidencian varias características legislativas. Primero, existen provisiones que se dirigen a codificar reglas existentes de DIPu consuetudinario (como la zona económica exclusiva reconocida en el artículo 55 de la Convención de Jamaica sobre Derecho del Mar de 1982). Segundo, pueden, igualmente, cristalizar una regla de DIPu que se encuentra en desarrollo, afirmando de manera cierta una práctica general que hasta ese momento era respetada solo por un grupo de Estados (como la plataforma continental reconocida en la Convención de Ginebra de 1958). Tercero, los tratados multilaterales pueden establecer reglas de derecho independientemente de la previa práctica general de los Estados, como por ejemplo la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza afirmado en el artículo 2 (4) de la Carta ONU (Organización de Naciones Unidas).

La Corte Internacional de Justicia tuvo oportunidad de analizar los Tratados como fuente del DIPu. En el caso de la Anglo-Iranian Oil Co. (1), determinó quiénes tienen capacidad para suscribir tratados y, consecuentemente, bajo cuáles circunstancias un instrumento internacional reviste tal carácter. La CIJ sostuvo que un acuerdo suscrito entre un Estado y otra entidad que no reviste el carácter de sujeto de DIPu, no es un tratado.

Más allá de la calificación dada por las partes, para la CIJ lo esencial es reparar en los sujetos y el objeto del acuerdo a fin de conocer si estamos frente a un tratado. En el caso relativo a la Delimitación Marítima y Cuestiones Territoriales entre Qatar y Bahrein, afirma la CIJ:

(...) los canjes de notas entre el Rey de Arabia Saudita y el Emir de Qatar, de fechas 19 y 21 de diciembre de 1987, y entre el Rey de Arabia Saudita y el Emir de Bahrein, de fechas 19 y 26 de diciembre de 1987, así como el documento denominado 'Acta', que firmaron en Doha el 25 de diciembre de 1990 los Ministros de Relaciones Exteriores de Bahrein, Qatar y Arabia Saudita, constituyen acuerdos internacionales que crean derechos y obligaciones para las partes (...) (CIJ, Qatar *v.* Bahrein, 1994, p. 41).

En relación con la necesidad del documento escrito y los requisitos necesarios para saber si estamos frente a un tratado, la CIJ ha reconocido valor jurídico al silencio. Así, en el caso de la Plataforma Continental (2) entre Túnez y Libia, la Corte atribuyó valor al silencio de Francia por no haber reclamado, lo cual supuso la aceptación del *status quo*.

II.2. Costumbre

El Estatuto de la CIJ en su artículo 38 hace referencia a la costumbre internacional 'como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho' (3). En el caso de Asilo, la CIJ describió a la costumbre como 'un uso constante y uniforme, aceptado como derecho' (4).

Será necesario que los Estados observen la regla en cuestión como legalmente vinculante. Así, su cumplimiento deja de ser una elección del Estado para constituirse en una obligación legal (la llamada *opinio iuris*). El consentimiento de los

(1) CIJ, Anglo-Iranian Oil Co., U.K. *v.* Iran, 1952, Rep. 93.

(2) CIJ, Continental Shelf (Tunisia. *v.* Libya), 1982, Rep. 18.

(3) CIJ, Estatuto, Artículo 38 (1) (b).

(4) CIJ, Asilo, Colombia *v.* Perú, 1950, Rep. 266.

Estados puede manifestarse de manera expresa o tácita. Las decisiones de los tribunales domésticos también se consideran comprendidas en esta fuente, ya que se considera que las decisiones judiciales y administrativas de los Estados evidencian la práctica de un Estado a los fines de decidir la existencia de una regla consuetudinaria (Kaczorowska, 2005, p. 27).

La objeción que presente un Estado a fin de no estar vinculado con la nueva regla de DIPu consuetudinaria debe ser reiterada en forma consistente. Los nuevos Estados no pueden escapar al cumplimiento de la costumbre consolidada: se encuentran obligados respecto de todas las reglas existentes al momento de su independencia.

Existen, además, ciertas reglas de DIPu consuetudinaria que son consideradas vitales para el sistema internacional, por lo cual no pueden ser objetadas por Estados aislados. Estas reglas perentorias reciben el nombre de normas *jus cogens*. Finalmente, la omisión cobra importancia cuando el Estado interesado posee motivos para expresar su opinión o adoptar una conducta en respuesta a una situación que se presenta.

La *opinio juris* juega un rol fundamental al momento de elevar una norma consuetudinaria a la categoría de normas perentorias, ya que solo en el caso en que la mayoría de los Estados considere que determinada regla no puede ser objetada o dejada de lado por el consentimiento de uno o más Estados, se llega a la categoría del *jus cogens* (Higgins, 1995, p. 22).

La importancia de la aquiescencia en DIPu fue expresada en el caso Lotus (5) (1927) por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI en adelante). Así, el Tribunal mencionó haber realizado un análisis de varias sentencias de las cortes Francesas que expresaban una aceptación respecto de situaciones análogas al accionar jurídico desarrollado por parte de Turquía, esto es, que los delitos cuyos autores al momento de ser cometidos se encuentren en territorio de otro Estado, deban ser considerados como cometidos en el territorio nacional, cuando uno de los elementos constitutivos del delito y sus efectos allí han ocurrido (tesis de Turquía).

La *opinio iuris* puede ser identificada a través de actos claros y precisos de agencias gubernamentales. Respecto de una cantidad relevante de reglas, como las pertenecientes al derecho del mar, la situación es clara y la costumbre se encuentra ya sistematizada en normas convencionales y textos tradicionales de DI.

En el ya mencionado Lotus, el TPJI señaló que para dar por establecida una costumbre que atribuyera al Estado del pabellón la competencia a fin de juzgar

(5) TPJI, S. S. Lotus, Francia *v.* Turquía, 1927, P.C.I.J. Rep. Ser. A, N° 10, sep. 7.

crímenes cometidos en alta mar, era necesario que la práctica reflejara la *opinio iuris* de los Estados, entendiéndose por esta la convicción de estar cumpliendo un imperativo de derecho. Como Francia no pudo probar este segundo elemento de la costumbre, el TPJI descartó su argumentación en este punto:

En la opinión de la Corte, esta conclusión no se encuentra justificada. Aún en el caso en que el escaso número de decisiones judiciales que pueden identificarse de entre los casos reportados fuera suficiente para probar en los hechos el punto alegado por el representante del gobierno francés, esto solo demostraría que los Estados, en la práctica, usualmente se han abstenido de iniciar procesos criminales y no probaría que ellos reconocen estar obligados a actuar de ese modo; ya que sólo sería posible hablar de una costumbre internacional si dicha abstención estuviera basada en una convicción del deber jurídico de abstenerse. El hecho alegado no permite inferir que los Estados hayan tenido conciencia de tal obligación (Corte Permanente de Justicia Internacional, Francia vs. Turquía, 1927, p. 76).

Aún así, la codificación del DIPu consuetudinario referido al derecho del mar demostraría el mayor peso que tuvo en los años posteriores la tesis francesa que reservaba la jurisdicción al Estado del pabellón. Así lo afirma la Convención de Derecho del Mar en su artículo 97, que fija la jurisdicción del Estado del pabellón o de nacionalidad de los acusados, en forma exclusiva.

No obstante, cuando se afirma la costumbre como fuente respecto de cuestiones más recientes en el desarrollo del DIPu, pasamos a un campo donde la especulación teórica prevalece. En este punto, al intentar resolverse un conflicto interestatal, se generan críticas y visiones opuestas. Tal la afirmación de la existencia de una costumbre internacional relativa a la inmunidad absoluta de jefes de Estado y funcionarios estatales respecto de cualquier otro foro doméstico, aún cuando el objeto de la controversia versare sobre actos de tortura (CIJ, Orden de Arresto 1998); o una eventual costumbre relativa a la inmunidad absoluta del Estado, aún cuando el conflicto gire en torno de los delitos de genocidio y crímenes contra la humanidad (CIJ, Inmunidad Jurisdiccional del Estado 2012). No es azaroso que ambos ejemplos giren en torno de la responsabilidad por violaciones graves de derechos humanos. Sobre este punto volveremos más adelante.

La CIJ, a lo largo de su historia, ha hecho mención de la *opinio iuris* como parte de la costumbre en otros casos, además de los mencionados.

En Derecho de Nacionales Norteamericanos en Marruecos, la CIJ rechazó la pretensión norteamericana de fundar su jurisdicción consular en una costumbre

local bilateral, al constatar que la práctica seguida no correspondía a una convicción imperativa (ausencia de *opinio iuris*).

En 1960, en Derecho de Paso sobre Territorio Indio, la CIJ manifestó que para que una práctica prolongada y continua sea base de derechos y obligaciones recíprocas solo entre dos Estados debe ser: "(...) aceptada por ellos como reguladores de sus relaciones (...)" (Corte Permanente de Justicia Internacional, Francia vs. Turquía, 1927, p. 39).

En su Opinión Consultiva sobre la Legalidad del Uso por los Estados de Armas Nucleares en Conflictos Armados, la CIJ señala que los miembros de la comunidad internacional están profundamente divididos respecto a la cuestión de si la no utilización de armas nucleares durante un período extenso —50 años— constituye en verdad la expresión de la necesaria *opinio iuris*:

Los Estados que opinan que el uso de armas nucleares es ilícito han intentado demostrar la existencia de una norma consuetudinaria que prohíbe su uso. Se refieren a la práctica ininterrumpida y uniforme de no utilización de armas nucleares por los Estados desde 1945 y en esa práctica creen ver la expresión de una *opinio iuris* por parte de los que poseen esas armas.

Otros Estados, que defienden la legalidad de la amenaza de uso y el uso de armas nucleares en ciertas circunstancias, invocaron la doctrina y la práctica de la disuasión en apoyo de su argumento (...) si no se han utilizado armas nucleares desde 1945, no es por la existencia o el surgimiento de una costumbre, sino simplemente porque, afortunadamente, no se han presentado las circunstancias que podrían justificar su uso (Corte Permanente de Justicia Internacional, Francia vs. Turquía, 1927, p. 66).

En verdad, en el entendimiento de la CIJ, para la existencia de una costumbre como fuente del DIPu general, aún cuando se probara la existencia del elemento objetivo, la ausencia de *opinio iuris* obsta al reconocimiento de una costumbre que considere ilegal al uso de armas nucleares en conflictos armados.

(...) la Corte señala que (...) la aparición, como *lex lata*, de una norma consuetudinaria por la que se prohíba específicamente el empleo de las armas nucleares como tales se ve dificultada por las continuas tensiones entre la incipiente *opinio iuris*, por un lado, y la adhesión todavía muy fuerte a la práctica de la disuasión, por el otro (CIJ, Opinión consultiva sobre la legalidad del Uso de las armas nucleares, 1996, p. 73).

En el ámbito regional latinoamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en *Baena Ricardo y ot. v. Panamá*, refirió la costumbre como fuente del derecho Internacional, al decidir sobre su competencia respecto del argumento de Panamá. Este país alegaba que la Corte carecía de competencia para supervisar el cumplimiento de sus propias sentencias:

(...) ello también encuentra su fundamento en la práctica constante y uniforme de la Corte y en la resultante *opinio juris communis* de los Estados Partes en la Convención...(sic) La *opinio juris communis* significa la manifestación de la conciencia jurídica universal a través de la observancia, por la generalidad de los miembros de la comunidad internacional, de una determinada práctica como obligatoria. La referida *opinio juris communis* se ha manifestado en que dichos Estados han mostrado una actitud generalizada y reiterada de aceptación de la función supervisora de la Corte (...) (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Baena vs. Panamá*, 2003, p. 102).

Además, la Corte IDH hizo referencia al factor tiempo en la costumbre:

(...) en lo que atañe al período de tiempo para considerar que se está ante una práctica constante, este Tribunal considera que lo importante es que la práctica sea observada de manera ininterrumpida y constante, y que no es esencial que la conducta sea practicada durante un determinado período. (sic) Inclusive, la jurisprudencia internacional ha reconocido la existencia de normas consuetudinarias que se formaron en períodos muy breves (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Baena vs. Panamá*, 2003, p. 102).

II.3. Principios generales de derecho

El artículo 38(1)(c) del Estatuto de la CIJ refiere los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Lauterpacht recuerda que el origen del artículo se halla en el Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional que intentó proveer una solución al argumento del *non liquet*: la imposibilidad de decidir un conflicto debido a la inexistencia de una norma que regule la cuestión (Lauterpacht, 1970, p. 69). Lord Phillimore, autor de la provisión como miembro del Comité Consultivo de Juristas, afirmaba que “los principios generales refieren (...) aquellos que son aceptados por todas las naciones en su foro doméstico, tales como ciertos principios referidos al procedimiento, el principio de la buena fe, el principio de la *res judicata*, etc.” (6). Este inciso demuestra un rechazo de la aplicación exclu-

(6) Advisory Committee of Jurists, process verbal of the Committee, 1920, p. 335.

siva de la teoría positivista en el DI, al trascender el exclusivo consentimiento de los Estados hacia la posible aplicación de elementos jusnaturalistas en la forma de principios legales existentes en las jurisdicciones domésticas.

En el caso Fábrica de Chorzow, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional afirmó que “la Corte nota que es un principio de DIPu e incluso un concepto general de derecho, que cualquier violación de un compromiso envuelve la obligación de reparar” (Corte Permanente de Justicia Internacional, Fábrica de Chorzow, 1928, p. 29). No obstante, en alguna ocasión se hizo referencia también a los principios generales del DI. Por ejemplo, en la opinión consultiva en Carelia Oriental, el Tribunal Permanente afirmó la independencia de los Estados como “un principio fundamental de derecho internacional” (Corte Permanente de Justicia Internacional, Opinión Consultiva Carelia Oriental, 1923, p. 5).

Ya en 1970, la Corte Europea de Derechos Humanos confirmó que los derechos humanos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho protegidos por la Corte (7).

II.4. Decisiones judiciales

El artículo 38(1)(d) del Estatuto de la CIJ refiere que la Corte aplicará conforme las provisiones del artículo 59, las decisiones judiciales (...) como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. El referido artículo 59 afirma que “la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”. En el caso Intereses Alemanes en Alta Silesia, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional afirmó que “el objeto (del que luego sería el artículo 59 del Estatuto de la CIJ) es simplemente prevenir que los principios legales aceptados por la Corte en un caso particular sean obligatorios para otros Estados o en otras disputas” (Corte Internacional de Justicia Ciertos Intereses Alemanes en Alta Silesia, 1926, p. 7).

Los precedentes jurisprudenciales no poseen una autoridad vinculante en DI, con lo cual las decisiones judiciales no constituyen una fuente formal del DI. No obstante esto, cuando un tribunal internacional decide una cuestión que no está regulada por el DIPu convencional ni consuetudinario, ciertamente está introduciendo alguna innovación en el DIPu que puede incluso entenderse como creación del derecho.

(7) Esta afirmación fue realizada en el caso Internationale Handelsgesellschaft GmbH v. Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel fallado por la Corte Europea de Derechos Humanos en noviembre de 1970. De esta manera, elevó a la categoría de *jus cogens* a ciertas normas que protegen tales principios fundamentales.

En el caso *Pesquerías Anglo Noruegas*, frente a las alegaciones de las partes, la CIJ sostuvo que el método de líneas de base empleado por Noruega no era contrario al DIPu dado que se encontraban involucrados especiales hechos geográficos y los intereses económicos peculiares de la región. Así, la CIJ creó una nueva regla de DIPu a fin de delimitar el mar territorial en aquellas regiones del mundo cuyas particularidades geográficas y económicas lo exigen.

En reparaciones por daños sufridos al servicio de Naciones Unidas, la CIJ decidió que las Naciones Unidas podían reclamar daños al amparo del DIPu contra un Estado por daños sufridos por sus funcionarios.

En cuanto al valor de las decisiones judiciales de la Corte IDH, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 68:1 es clara al establecer que, para las partes en litigio, las decisiones son obligatorias. Este mismo principio, que afirma la obligatoriedad de la sentencia solo *inter-partes*, colisiona con la postura sostenida por la Corte IDH respecto que todos los Estados que aceptan su competencia se encuentran obligados a respetar la totalidad de su jurisprudencia. Es una hipótesis de conflicto interesante, aunque no necesariamente cierta si tomamos como base de solución el principio *pro-homine*, esencial en cuestiones que afectan a los derechos humanos. Por cierto, que un Estado no puede prevalerse de una sentencia obtenida en un proceso donde el Estado ahora reclamado no ha sido parte. Sin embargo, la Corte IDH es la última intérprete autorizada de la Convención Americana de Derechos Humanos, base esencial del Estado de Derecho en la región, por lo cual la interpretación de las normas sobre derechos humanos realizada por la Corte IDH, sí entendemos que es vinculante para los Estados, aunque, claro está, no se encuentran obligados a cumplir con sentencias en procesos en los que no fueron parte, ya que se violarían las garantías del debido proceso.

En *Masacres de Río Negro v. Guatemala* (8) la Corte IDH manifestó:

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Con-

(8) Con anterioridad a este fallo la CIDH en conceptos similares ha manifestado lo mismo en los casos *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 24 febrero 2012. Serie C Nº. 239, para. 281-282; *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 29 noviembre 2011. Serie C Nº. 238, para. 93; *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 26 septiembre 2006. Serie C Nº. 154, para. 124; entre otros.

vención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de éstos ha hecho la Corte Interamericana (Corte IDH Masacres de Río Negro *vs.* Guatemala, 2012, p. 262).

La CSJN Argentina afirma pacíficamente que la jurisprudencia de la Corte IDH, en lo que respecta a la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos y demás tratados temáticos, es obligatoria para los tribunales domésticos. Así se pronunció en el caso Espósito: “Que la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (artículo 68(1), CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional” (Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), Espósito Incidente de Prescripción, 2004:6).

Este criterio es reiterado en posteriores decisiones. Así, en Simón estableció que tanto la jurisprudencia de la Corte IDH como las directivas de la Corte IDH constituyen una “imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Simón, 2005, p. 17). El criterio se repite en Mazzeo, Videla, Rodríguez Pereyra, y Carranza, entre otros (9).

II.5. Las doctrinas de los publicistas

El artículo 38 (1)(d) del Estatuto de la CIJ refiere que la Corte aplicará conforme las provisiones del artículo 59: “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”. Aún cuando esta fuente solo constituye evidencia del derecho consuetudinario, la doctrina internacional puede cumplir un rol subsidiario en el desarrollo de nuevas reglas de Derecho. Basta con pensar en los escritos de Grocio, Gentili, Bynkershoek y Vattel como algunos de los juspublicistas clásicos que contribuyeron a la conformación y desarrollo del DIPu en sus comienzos.

Además de las contribuciones personales o aisladas, debemos considerar también la importancia creciente de asociaciones internacionales de juristas, cuyo objeto consiste en el estudio, difusión y consolidación del DIPu y de los documentos que emiten. Sobre ellas trataremos al comentar las otras fuentes del DIPu contemporáneo.

(9) Al respecto puede consultarse otra jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, por ejemplo los casos Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad, 13 diciembre 2007; igualmente Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación. C.S. V.2.8.1. XVI, 31 agosto 2010. Y también Rodríguez Pereyra C/ Ejército Nacional. Sentencia del 7 noviembre 2012 y Carranza Latrubesse c/ Estado Nacional de 6 de agosto 2013. En todos ellos se deja en claro que la jurisprudencia de la Corte IDH es la intérprete última y autorizada de los instrumentos jurídicos que protegen los derechos de los habitantes de América.

La Corte IDH ha hecho referencia en varias oportunidades a diversos juristas para fundamentar sus decisiones o los votos concurrentes de alguno de sus jueces (10).

III. Críticas al artículo 38 del Estatuto CIJ

Varias han sido las críticas recibidas por este artículo como expresión de las fuentes del Derecho Internacional. Primera, trata a la jurisprudencia internacional y a la doctrina de los juspublicistas como fuentes accesorias de igual jerarquía, mientras que en la práctica las decisiones judiciales poseen un peso muy superior a la doctrina. Segunda, existe discrepancia entre los textos inglés y francés en relación con las dos fuentes mencionadas, en tanto en la versión inglesa ambas son calificadas como medios 'subsidiarios', en la versión francesa se las llama 'auxiliares'. Tercera, el artículo no resuelve la cuestión de la jerarquía de las fuentes del DI, ya que mientras se espera que a partir del mismo un tribunal internacional decida cuestiones basadas en las fuentes que cita, no brinda una solución para un posible conflicto entre las mismas. Cuarta, como ya dijimos, el artículo no refleja ni permite evidenciar la evolución del Derecho Internacional.

Sobre la evolución de las fuentes y la aparición de otras nuevas que reflejan el cambio de paradigma desde la soberanía Estatal hacia el respeto de los derechos humanos trata el siguiente punto. Las fuentes clásicas se preocuparon por afirmar la voluntad estatal como pauta de creación de normas. Las fuentes contemporáneas, nacidas al abrigo del paradigma de los derechos humanos o influenciadas por este, establecen límites a la voluntad estatal en forma de normas perentorias. Este cambio de paradigma desde la soberanía a los derechos humanos se nota en las fuentes contemporáneas que pasamos a tratar.

IV. Fuentes contemporáneas

IV.1. Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales

Las Resoluciones de la Asamblea General a diferencia de las decisiones del Consejo de Seguridad bajo el artículo 25 de la Carta ONU, no son vinculantes para los Estados miembros. No obstante, existe consenso en que ciertas Resoluciones aprobadas por la Asamblea General reflejan la opinión mayoritaria de los Estados

(10) Por ejemplo, pueden consultarse los casos de la Corte IDH: Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala, Serie C N° 63, para. 2, voto concurrente conjunto de los jueces A. A. Cancado Trindade y A. Abreu Burelli; y el caso Barrios Altos *vs.* Perú, Serie C N° 75, para. 4, 5, 16, 17, 19, 20 y 25.

del sistema, mientras que otras que no llegan a una cantidad determinante de votos favorables son útiles para guiar el desarrollo progresivo del DI.

Por otra parte, conforme el número de votos positivos obtenidos, las Resoluciones de la Asamblea General pueden servir como medio de prueba del DIPu consuetudinario, tanto como los debates previos a los que dio lugar su aprobación o el lenguaje utilizado en su redacción.

El árbitro Dupuy, en el caso *Texaco v. Libia* (1977), consideró el efecto legal de dos resoluciones de la AG (Asamblea General de Naciones Unidas): (i) la Resolución AG 1803 (XVII) sobre Soberanía Permanente sobre los recursos naturales; y (ii) la Resolución AG 3281 (XXIX) Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados. Aún cuando la segunda Resolución 3281 había sido aprobada 12 años después de la primera, con un muy fuerte apoyo de los Estados en desarrollo (120 votos a favor y solo seis en contra), Dupuy afirmó que la Resolución 1803 era la que reflejaba el DIPu consuetudinario. El fundamento de tal decisión consistió en que la Resolución 1803 había contado con el apoyo de los países importadores y exportadores de capital, lo cual evidenciaba el consenso de los Estados. La Resolución 3281, en cambio, no había recibido prácticamente apoyo de los Estados exportadores de capital.

En el caso Nicaragua, la mayoría de la CIJ consideró que la Resolución 2625 (XXV) que trata sobre la Declaración sobre los Principios de DIPu referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, evidenciaba el DIPu consuetudinario. Esta posibilidad de asimilar a una decisión de la AG a una norma internacional de carácter consuetudinario que refleja la práctica y la *opinio iuris* de los Estados ha suscitado controversia.

IV.2. Equidad

De alguna manera, la equidad puede ser incluida dentro de los principios generales de derecho que reconocen los Estados del sistema internacional. La utilización de las doctrinas del *estoppel* y de la buena fe en decisiones judiciales internacionales ilustran esta afirmación. Aun así, la fórmula de la equidad ha sido utilizada por tribunales internacionales en forma independiente de la mencionada, en ocasiones al estilo de lo que la Corte Europea de Derechos Humanos denomina como el ‘margen de apreciación’.

La fórmula en el lenguaje de la CIJ recibe el nombre de ‘circunstancias relevantes’ del caso en cuestión. Aquí lo que se busca es un resultado que vaya de la mano de la justicia en el caso en examen. En este sentido, la equidad merece ser

diferenciada de la solución *ex aequo et bono* del artículo 38(2) del Estatuto de la CIJ. En el caso Golfo de Maine, la CIJ sostuvo que mientras la última permitiría al tribunal examinar consideraciones socioeconómicas y políticas, la equidad como parte de una decisión legal dirige a la Corte a decidir sobre bases de un razonamiento legal (11).

IV.3. Actos de organizaciones internacionales

Los actos de las organizaciones internacionales no son mencionados en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ y, sin embargo, contribuyen en gran manera a la formación del DI.

Las organizaciones internacionales intergubernamentales son hoy reconocidas como actores relevantes del sistema internacional y, en cada vez más casos, verdaderos sujetos derivados, lo cual se refleja en su Estatuto constitutivo. Valga como ejemplo la Unión Europea y el Mercosur en nuestra región (12). Estas organizaciones internacionales colaboran en la creación de normas a través de los procedimientos institucionalizados que conducen a la creación de normas convencionales y consuetudinarias. De igual forma, las organizaciones internacionales concluyen tratados con otros sujetos internacionales, sean sus Estados miembros, terceros estados u otras organizaciones internacionales, de muy diversa naturaleza y alcance, ejerciendo así una función legislativa.

Otras organizaciones internacionales no gubernamentales poseen un ámbito de actuación mucho más reducido, aun cuando a través de sus conductas y adopción de normas de *soft law* puedan influenciar en la toma de decisiones normativas.

IV.4. Tratados no vigentes

El contenido de un tratado que aún no se encuentra vigente, si bien no obliga a los Estados, implica ciertas consideraciones respecto de aquellos Estados que lo han firmado y ratificado, desde que los mismos no pueden realizar conductas contrarias al objeto y fines del mismo, conforme lo establece el artículo 18 de la CVDT.

En otras circunstancias, el tratado puede haber codificado en parte la costumbre internacional, aún cuando no se encuentre en vigencia. Tal es el caso de

(11) CIJ, Gulf of Maine case, Canada v. US, 1984, Rep. 246.

(12) La Unión Europea dotada de personalidad jurídica internacional luego de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009). Respecto del Mercosur, véase el Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur -Protocolo de Ouro Preto-, artículo 34.

la Convención ONU sobre las inmunidades jurisdiccionales del Estado y de sus bienes (2004).

IV.5. *Jus cogens*

El concepto de *jus cogens*, reconocido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969) y adoptado por la CIJ y demás tribunales internacionales y domésticos, juega un rol fundamental en el desarrollo del DIPu y en la fijación de límites a la soberanía de los Estados y, aun así, no fue mencionado en el artículo 38 del Estatuto CIJ. Al preparar el Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados, la CDI examinó la cuestión de las normas perentorias de DI, naciendo el artículo 53 de la CVDT:

(...) una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Por su parte, el artículo 64 de la CVDT remarca la naturaleza evolutiva del concepto: “Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

No obstante, la CVDT no provee una lista de normas que posean este carácter. Con posterioridad a su elaboración, y al ocuparse de las normas referidas a la responsabilidad internacional de los Estados por la comisión de hechos ilícitos, la CDI (Comisión de Derechos Internacional) intentó distinguir entre violaciones graves y otras violaciones del DI general (que identificaba con los *crimes* y *delicts* del *common law*, respectivamente). Así, la primera lectura del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (artículo 19, 1996) (13), definió los crímenes internacionales como ‘graves violaciones del *jus cogens*’ que servirían como base para un procedimiento criminal e indemnizatorio. Luego mencionaba a los simples ‘delitos internacionales’, que constituirían violaciones ordinarias en el plano internacional, y que, en consecuencia, sólo podrían fundar una demanda

(13) El Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos, con sus comentarios fueron adoptados en su última versión por la CDI en 09 agosto 2001, A/56/10 y anexoado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 diciembre 2001. Véase Crawford, James (comp). *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility*. Cambridge University Press, 2002; también Derby, Daniel H. ‘A framework for International Criminal Law’, in *International Criminal Law*, Bassiouni, M. Cherif (ed.), Vol. 1 Crimes, p. 47.

civil. (14) Esta división tenía por lógica confirmar que no toda violación de una obligación internacional arroja igual consecuencia. A este fin, la CDI propuso en 1976 varios ejemplos de ‘violaciones graves’:

- (a) de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión;
 - (b) de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho de libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o mantenimiento por la fuerza de la dominación colonial;
 - (c) a gran escala de una obligación internacional de esencial importancia para la salvaguardia de la persona humana, como aquellas que prohíben la esclavitud, el genocidio y el apartheid;
 - (d) de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y preservación del ambiente humano, como aquellas que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares (15)
- (Comisión de Derecho Internacional, Anuario 1976, p. 95-96).

(14) En *common law*, la palabra ‘delict’ refiere a un ilícito causado a intereses particulares. El derecho de los ‘delict’ refiere los requisitos para que un daño sea cualificado como tal y los remedios que se brindan a la parte que ha sido víctima del daño. Respecto de la palabra ‘crime’, aun cuando el mismo ‘crime’ pueda producir daños a bienes o personas en lo privado, refiere básicamente actos dirigidos contra el interés público. La conducta criminal que puede ser castigada es referida como crimen (‘crime’) u ofensa (‘an offence’) y es perseguida por el estado en un juicio público. El ‘delict’ opera en el derecho civil en tanto los segundos son parte del derecho penal. ‘All civilised systems agree in drawing a distinction between offences against the State or Community and offences against the Individual, and the two classes of injuries, thus kept apart, I may here, without pretending that the terms have always been employed consistently in jurisprudence, call Crimes and Wrongs, crimina and delicta. Now the penal Law of ancient communities is not the law of Crimes; it is the law of Wrongs, or, to use the English technical word, of Torts. The person injured proceeds against the wrong-doer by an ordinary civil action, and recovers compensation in the shape of money-damages if he succeeds.’ ‘...the earliest conception of a crimen or Crime—an act involving such high issues that the State, instead of leaving its cognisance to the civil tribunal or the religious court, directed a special law or privilegium against the perpetrator.’ Sir Henry Sumner Maine, *Ancient Law, its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, with an introduction and notes by Sir Frederick Pollock. 4th American from the 10th London edition (New York: Henry Holt and Co., 1906). Chapter: Chapter X.: The early History Of Delict and Crime. In internet <http://oll.libertyfund.org/title/2001/190147> on 2009-05-28. En Escocia esta área del derecho es llamada ‘Delict’ mientras que en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte es llamada ‘the law of Tort’.

(15) El artículo 19 del Proyecto distingue entre ‘international crimes’ e ‘international delicts’, entendiéndose que los primeros son actos violatorios más graves que los segundos, ya sea por la entidad de la norma violada o bien, la magnitud de la violación (masiva o generalizada).

Sin embargo, la tesis que finalmente prevaleció afirma que la distinción entre órbitas ‘civil y penal’ no poseía fundamentos claros en el DIPu, ni tampoco significación operativa, ya que las consecuencias propuestas para ambos tipos de violaciones no diferían. (Bodansky y Crook, 1992, p. 784). Por esto, el artículo 19 fue eliminado en su redacción original, permaneciendo solo el artículo 40 que define una categoría general de “violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de DIPu general”.

La comunidad internacional no ha logrado consensuar una lista de normas perentorias. La CDI afirmó que de la jurisprudencia de la CIJ se desprende que constituyen normas absolutas: (i) ciertas normas del DIH, en la opinión consultiva sobre la Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares; y (ii) otras que crean una obligación para la comunidad internacional en su conjunto, por ejemplo el derecho a la libre determinación, como se estableció en Timor Oriental o en la opinión consultiva sobre las Consecuencias Legales de la Construcción de un Muro en los Territorios Palestinos ocupados

En el caso Nicaragua, la CIJ consideró la prohibición del uso de la fuerza como un ejemplo conspicuo de una regla de DIPu que posee el carácter de *jus cogens*.

Los derechos humanos y su violación masiva por parte de los Estados poseen un capítulo esencial dentro del listado jurisprudencial del *jus cogens*. Lauterpacht opinó que el *jus cogens* opera como un concepto superior tanto al DIPu consuetudinario como convencional. En el caso Aplicación de la Convención sobre Genocidio se discutían los efectos y la relación entre el embargo de armas decidido por el CS ONU y el genocidio contra el pueblo de Bosnia Herzegovina. En este contexto, la pregunta básica del magistrado Lauterpacht consistió en saber si el embargo decidido por el CS ONU pudo contribuir a la comisión del genocidio al privar de armas a Bosnia Herzegovina. El punto central de su razonamiento fue enfrentar una norma de DIPu general —la decisión del CS ONU— con una norma *jus cogens* —la prohibición de genocidio—.

La CIJ ha calificado la gravedad de la violación de las normas internacionales en Actividades Armadas en el Territorio del Congo (2005), donde sobre la base de actos de tortura y otras formas de trato inhumano como la destrucción de las casas de la población civil, concluyó que se habían producido ‘violaciones masivas de derechos humanos’ (16). También la CIJ reflejó el carácter *jus cogens* de la prohibición de genocidio en su sentencia en Actividades Armadas en el Territorio

(16) CIJ, Caso Relativo a las Actividades Armadas en el Territorio del Congo (República Democrática del Congo *v.* Uganda), Sentencia, 19 diciembre 2005, para. 207: ‘La Corte en consecuencia encuentra (...) que violaciones masivas de derechos humanos y graves violaciones del DIH han sido cometidas por la Fuerza Defensa del Pueblo Ugandés -FDPU- en el territorio de la RPC:’

de Congo (nueva demanda), al describir al genocidio como norma perentoria del DIPu general, aunque sin brindar evidencias. Similar ausencia de fundamentación se observa en otras dos decisiones: el caso Furundzija, fallado por el Tribunal Internacional Penal para la ex-Yugoslavia y el caso Al-Adsani, decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos.

La misma CDI mencionada, al comentar el artículo 40 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, afirma la prohibición de la tortura como norma *jus cogens*, conforme la define el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. En el caso Furundzija, el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (Trial Chamber, 1998) sostuvo que la prohibición de la tortura, afirmada de modo absoluto por el DIPu tanto convencional como consuetudinario, posee el carácter de norma *jus cogens*. El carácter imperativo de esta prohibición ha sido igualmente confirmado por importantes decisiones judiciales domésticas en los casos Siderman; Al Adsani; Pinochet y Filartiga (17).

IV.6. El trabajo de la Comisión de Derecho Internacional y los Proyectos de tratados y textos adoptados

El DIPu consuetudinario carece de precisión y en ocasiones es difícil de probar. La idea de su codificación data del Congreso de Viena de 1815, cuando los Estados participantes expresaron la necesidad, comenzando por áreas de interés prioritario como el régimen legal de los ríos internacionales, la prohibición de la esclavitud y el derecho diplomático. Esta tarea sería continuada por los esfuerzos privados, sobre todo los del Instituto de Derecho Internacional (IDI) y la Asociación de Derecho Internacional (ILA), ambos fundados en 1873. Las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907 continuaron este proceso, codificando la gran mayoría de las reglas del entonces llamado derecho de la guerra. La Sociedad de Naciones, tras la I Guerra Mundial, continuará estos esfuerzos con un órgano específico: el Comité de Expertos que tuvo por objeto analizar las materias que estuvieran suficientemente maduras para la codificación. Tres cuestiones marcaron el inicio de su actividad: (i) la nacionalidad; (ii) el mar territorial; y (iii) ciertos aspectos de la responsabilidad estatal. En forma concomitante con la finalización de la II Guerra Mundial, la Conferencia de San Francisco rechazó la posibilidad

(17) Así, pueden consultarse: United States Court of Appeals, Ninth Circuit, en *Siderman de Blake and Others vs. The Republic of Argentina and Others*, ILR, vol. 103, p. 455, at p. 471 (1992); the United Kingdom Court of Appeal en *Al Adsani v. Government of Kuwait and Others*, ILR, vol. 107, p. 536, at pp. 540-541 (1996); and the United Kingdom House of Lords en *Pinochet*, pp. 841 and 881. Finalmente, United States Court of Appeals, Second Circuit, en *Filartiga vs. Pena-Irala*, ILR, vol. 77, p. 169, at pp. 177-179 (1980).

de crear un órgano con funciones legisferantes. No obstante, se consensuó en la posibilidad de codificar paulatinamente el DIPu consuetudinario. La Asamblea General estableció un Comité encargado de estudiar la cuestión, el cual emitió un Reporte que luego sería la Resolución 174 (II) que establece la Comisión de Derecho Internacional. Esta inicia su trabajo en 1949 seleccionando 14 materias lo suficientemente maduras para su codificación, lo cual en definitiva constituyó su programa de trabajo a largo plazo.

No solo la Asamblea General sino los Estados miembros de ONU y otras agencias autorizadas pueden referir cuestiones a la CDI para su estudio: los principios de Nüremberg, la definición de la agresión o el proyecto de código de delitos contra la paz y seguridad de la Humanidad nacieron de este modo. Las dos funciones principales de la CDI consisten en la codificación del DIPu consuetudinario existente y el desarrollo progresivo del DI, lo cual realiza regulando una cuestión nueva o revisando las reglas existentes, a cuyo fin convoca conferencias. Al seleccionarse una temática que se supone madura para su codificación, se designa un Relator Especial a fin de que el mismo elabore un Informe, invitándose a todos los gobiernos a presentar documentos relativos al tema. Su tarea finaliza con la elaboración de un Proyecto de Artículos con comentarios que es sometido a consideración de la CDI. Una vez que la Comisión llega a un acuerdo sobre el Proyecto de Artículos provisionales, lo envía a la Asamblea General y a los Estados a fin de que estos hagan llegar sus observaciones por escrito, las que son recibidas por el Relator a fin de preparar un nuevo Informe. Sobre la base de este Informe y las observaciones de los gobiernos y de la Asamblea General se adopta un proyecto final que es enviado a la Asamblea General conteniendo una recomendación sobre la acción a seguir. Esta puede consistir en la adopción del Informe en carácter de Resolución, o en la conclusión de una Convención, o en la necesidad de convocar a una conferencia internacional a fin de convenir un tratado.

Este 'proyecto final' que es enviado a la Asamblea contiene un panorama exhaustivo que prueba en ocasiones el carácter consuetudinario de ciertas conductas estatales. Los trabajos de la CDI han sido citados tanto en decisiones de la mayoría como en opiniones en disidencia de magistrados de la CIJ, a fin de apoyar su argumentación sobre la existencia de una costumbre internacional, e incluso de aquellas costumbres que han adquirido el carácter de *jus cogens*.

El punto central consiste en decidir si, más allá de servir como prueba de una costumbre internacional, el trabajo de la CDI en su faz de desarrollo progresivo puede ser considerado una fuente del DI. Según algunos, los Proyectos de Tratados adoptados por la CDI entrarían dentro del concepto de doctrina de los juspublicistas reconocidos. No obstante, los criterios consensuados que en la mayoría de las veces estos documentos presentan, junto con la jerarquía y conocimiento

de quienes los han redactado, hace que sean considerados de manera independiente como una fuente autorizada de DI. Entendemos que este material elaborado por la CDI sí constituye una fuente de DIPu, ya que esta es un órgano de carácter permanente que lleva décadas analizando y discutiendo determinadas cuestiones, y elaborando conclusiones que sintetizan los principales comentarios y observaciones efectuados por los Estados. En este sentido, su práctica es más amplia y constante que la de cualquier tribunal internacional que solo interviene a pedido de las partes y en situaciones determinadas.

IV.7. El *soft law*

Bajo la denominación de *soft law* suelen incluirse declaraciones, directrices y principios no vinculantes para los Estados, elaborados mayormente por organismos y agencias internacionales (Colmegna, 2012).

La influencia del derecho no vinculante ha ido en aumento tanto respecto del desarrollo progresivo del DIPu como respecto de la conducta de sujetos y actores del DI. Sus ventajas son evidentes: permite a los Estados participar de la creación de nuevas reglas sin la necesidad de incorporar las mismas a su derecho doméstico. En áreas tales como el medio ambiente internacional, el gradualismo normativo deviene fundamental y, en ocasiones, los mismos actores privados sientan sus conductas globales respetuosas de estándares ambientales en forma de principios o guías de actuación, independientemente de estándares menos rigurosos previstos en los derechos positivos domésticos de los Estados donde actúan.

Así, además de los Estados y Organizaciones intergubernamentales, aparecen aquí las normas no vinculantes creadas por las corporaciones multinacionales, en forma de códigos internos, responsabilidad social corporativa y códigos de conducta. Como afirma Mazuelos Bellido “el examen de las recomendaciones de las organizaciones internacionales no debe detenerse en la constatación de su carencia de fuerza obligatoria (...). Su verdadero problema estriba en la determinación de sus efectos jurídicos más allá de la imposibilidad de crear obligaciones jurídicas inmediatas” (Mazuelos Bellido Ángeles, 2004, p. 7).

V. A modo de opinión

Las fuentes tradicionales del DIPu reconocen su existencia en la exclusiva voluntad estatal, esto es, el consentimiento y la práctica general de los Estados junto a la conciencia de su obligatoriedad. Durante siglos, las decisiones arbitrales y jurisprudenciales han confirmado que la voluntad de los Estados dirigida a consolidar sus propios intereses era la única formadora de normas en el sistema internacional.

Luego de la II Guerra Mundial, la corriente cambia con el surgimiento de límites concretos al accionar estatal, establecidos a partir del paradigma de los derechos humanos. A partir de entonces, los Estados responden en forma ambigua a los conflictos que se suscitan en razón del paradigma. Por un lado, afirman ciertas normas a través de declaraciones y convenciones que imponen límites al propio poder Estatal y en beneficio de derechos básicos del individuo. Sin embargo, son también los Estados quienes no facilitan el ejercicio de los derechos de sus habitantes o directamente ejecutan conductas contrarias a su promoción y protección.

Desde una visión humanista que reconocemos como prioritaria, afirmamos el enfoque finalista del DIPu fundado en los derechos de la persona humana y la búsqueda del bienestar del individuo y de los pueblos. Simplemente porque estos trascienden a los Estados y a sus gobiernos. El *jus necessarium* es lentamente reemplazado por el *jus dispositivum*. La exclusiva voluntad de los Estados abre paso —a regañadientes— a normas imperativas que protegen a la persona y son creadas con algún grado de participación de ciertos actores del sistema internacional.

Esta afirmación no implica desconocer que el nacimiento y desarrollo del DIPu transcurrió como la fuerza efectiva de la voluntad Estatal dirigida a ordenar el caos de un sistema internacional anárquico. No obstante, hoy el DIPu se propone conseguir algo más que el orden internacional y la solución pacífica de controversias. La teoría de los derechos humanos nacida para limitar la soberanía estatal, hoy la complementa y cualifica. De esta manera, junto con las fuentes tradicionales enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, aceptamos la existencia del *soft law* que se presenta en forma de normas auto-regulatorias o de buena práctica. También del efecto vinculante de variadas Declaraciones y Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas que son votadas por la gran mayoría de los Estados miembros. Éstas, aún sin ser vinculantes, van delimitando una esfera de actividades Estatales legítimas de otra que prohíbe a los Estados la realización de ciertas conductas. Los Informes de la Comisión de Derecho Internacional y de otros organismos con autoridad en la materia como la International Law Association y el Institut de Droit International sirven también a fin de constatar la existencia de prácticas generales y obligatorias. Finalmente, la consolidación de ciertas normas de DIPu consuetudinario como parte del *jus cogens* implica ciertamente intentar trascender el interés presente de los Estados y, más aún, comenzar a concretar la existencia de una esfera de actuación estatal que aísle de la legalidad internacional a todo Estado que actúe fuera de los límites jurídicos del sistema.

Estas últimas fuentes —olvidadas por el artículo 38 del Estatuto CIJ— constituyeron los cauces que han permitido fluir las normas e institutos protectorios del ser humano en el marco de un sistema diseñado por y para los Estados. Todas han intentado, en la medida de las consecuencias jurídicas que les eran reconocidas,

provocar por medio de sus efectos legales una limitación del poder estatal a fin de proteger a la persona humana en muy diversas circunstancias. Constituyen por esto, fuentes del DI de los derechos humanos, del DI humanitario, del DI Penal y del DI de los Refugiados.

VI. Bibliografía

Bodansky, D. y Crook J. R. (2002). Symposium: The ILC's State responsibility Articles introduction and overview. *The American Journal of International Law*, Vol. 96. American Society of International Law, Cambridge University Press.

Cancado Trindade, A. A. (2017). *El ejercicio de la función judicial internacional (Memorias de la Corte Interamericana de derechos humanos)*. Belo Horizonte: Editora Del Rey.

Colmegna, P. D. (2012). Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Revista del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, año VI, N° 8.

Crawford, J. (comp.) (2002). *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*. Cambridge University Press.

Derby, D. H. (1999). A framework for International Criminal Law. En M. C. Bassiouni (ed.), *International Criminal Law*, Vol. 1, Crimes. Nueva York: Oceana Publications.

Dugard, J. (2011). *International Law: A South African Perspective*. 4ª ed. Juta and Company Ltd.

Higgins, R. (1995). *Problems and Processes: International Law and How We Use It*. Clarendon Press Publications.

Kaczorowska, A. (2005). *Public International Law*. Gran Bretaña: Old Bailey Press.

Lauterpacht, H. (1970). *International Law*, vol. 1. Cambridge University Press.

Mazuelos Bellido, Á. (2004). Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces? *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 8, (p. 7). Recuperado de www.reei.org/ [Fecha de consulta 24/02/18].

Travieso, J. A. (1996). *La Corte Interamericana de derechos humanos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Jurisprudencia

Corte Permanente de Justicia Internacional

S. S. Lotus, France. *v.* Turkey, 1927, Ser. A, N° 10.

Chorzow Factory case, Indemnity, Merits, Germany *v.* Poland, 1928, PCIJ, Rep. Ser. A, N° 17.

Eastern Carelia case, Advisory Opinion, 1923, Rep. Ser. B, N° 5.

Corte Internacional de Justicia

Actividades armadas en el territorio de Congo (Nueva demanda, 2002). República Democrática de Congo *v.* Rwanda, Jurisdicción y Admisibilidad, 2006. CIJ Rep. 6.

Anglo Norwegian Fisheries case, UK *v.* Norway, 1951, Rep. 116.

Certain German Interests in Polish Upper Silesia case, 1926, PCIJ Rep. Ser. A, N° 7.

East Timor case, Portugal *v.* Australia, 1995, Rep. 90.

Legal consequences of the construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 9 julio 2004.

Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in armed Conflict, Advisory Opinion, 1996, Rep. 227.

Maritime Delimitation and territorial Questions between Qatar and Bahrain, Qatar *v.* Bahrain, 1994, Rep. 112.

Nicaragua *v.* United States case, Merits, 1986, Rep. 14.

Rights of Nationals of the United States of America in Morocco, Francia *v.* Estados Unidos de América. Judgment, France *v.* U.S., 1952, Rep. 176, 27 agosto 1952.

Right of Passage over Indian Territory, Portugal *v.* India, 1960, Rep. 6.

Reparations for Injuries suffered in the service of the United Nations, 1949, Rep. 174.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Baena Ricardo *v.* Panamá, Judgment, para. 102, IACtHR, 28 noviembre 2003.

Rio Negro Massacres *v.* Guatemala, Judgment, para. 262 (IACtHR, 4 septiembre 2012).

Corte Europea de Derechos Humanos

Internationale Handelsgesellschaft GmbH *v.* Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel case, 11/70, 1970, ECR 1125.

Corte Suprema de la Nación Argentina

Espósito, Miguel Ángel *s/* incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, 23 diciembre 2004.

Simón, Julio Héctor y otros *s/* privación ilegítima de la libertad y otros. Causa Nº 17.768C. 14 julio 2005.

Otras decisiones referidas

Comisión de Derecho Internacional, Yearbook of the International Law Commission, 1976, Sesión número 22 vol. II (Parte II), Doc. A/CN.4/SER.A/1976/Add.I, Parte 2.

The United Kingdom Court of Appeal, caso Al Adsani *v.* Government of Kuwait and Others, ILR, vol. 107, 1996.

Tribunal Arbitral, Texaco *v.* Libia, 1977, ILR 53, p. 389.

Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Primera Instancia, caso Furundzija, Sentencia 10/12/1998.

Fecha de recepción: 07-03-2018 Fecha de aceptación: 03-04-2018