

CAPÍTULO TERCERO

ACERCA DE LA INDETERMINACIÓN DE COSTUMBRES, PRINCIPIOS GENERALES Y *IUS COGENS*: UNA MIRADA DESENCANTADA A LA SAGA *FERRINI*

Alberto PUPPO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Acerca de la definición y del mito de las costumbres y de los principios generales*. III. *Un caso claro de indeterminación de las fuentes: la saga Ferrini*. IV. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo toma como punto de partida una constatación: el conjunto de fuentes del derecho conocidas como fuentes del derecho internacional no tiene mucho que ver con las fuentes del derecho interno con las cuales los constitucionalistas están acostumbrados a trabajar. Esto significa que el acercamiento al estudio de las fuentes internacionales debe plantearse de manera diferente, tomando en cuenta la particularidad del derecho internacional.

Tal constatación puede hacerse si se dirige la mirada, en particular, a tres fuentes del derecho internacional, que son la costumbre, los principios generales y el *ius cogens*. Estas fuentes son al mismo tiempo de difícil conceptualización (sus definiciones son imprecisas), de difícil identificación (como fuentes) y de difícil aplicación (como normas expresadas por —o implícitas en— ellas).

Por lo anterior, y para utilizar una distinción que se ha vuelto banal, podría decirse que un caso en el que se plantee la aplicación de una costumbre, de un principio general o de una norma de *ius cogens*, es siempre un caso no claro y/o difícil. La dificultad de un caso, en el conocido debate entre formalistas y realistas (y sus versiones moderadas) muy a menudo tiene una connotación semántica. Una forma habitual de referirse a la falta de claridad sobre una característica que el lenguaje jurídico comparte con el

lenguaje natural es su textura abierta.¹ Así, en muchos casos, los jueces deben usar su discreción para determinar el significado de un texto normativo y consecuentemente una solución para el caso. Otras veces, desde una perspectiva dworkiniana,² el caso es difícil aunque los textos no sean semánticamente controvertidos, cuando manifiestamente las reglas aplicables parecen entrar en conflicto con algún principio o no encajar con el derecho (de uno u otro país) visto bajo su mejor luz, lo que obliga a los jueces a buscar en la moralidad política la solución correcta para el caso.

La dificultad de la que estoy hablando no se reduce ni a la primera, por así decirlo semántica, ni a la segunda, que podría denominarse moral o sustantiva. Se trata, en primer lugar, de una dificultad epistémica, relacionada con la verdad de una proposición que afirma la existencia de una determinada fuente. Una vez formulada lingüísticamente la fuente (que en nuestro caso son costumbres, principios generales y *ius cogens*, que por definición no es escrita), intervienen los problemas semánticos, que fatalmente se juntan con los problemas sustantivos.

La diferencia es importante, y un ejemplo sencillo permite destacarla. Por ejemplo, una ley federal puede ser de difícil interpretación, porque en ella aparecen términos vagos, o de aplicación controvertida en la medida en que su aplicación puede, según algunos, producir consecuencias social, moral o económicamente indeseables. Pero, entre todos los contendientes nadie, sospecho, argumentaría en el sentido de la no existencia de la ley federal. Algún constitucionalista, orgulloso de los avances del derecho positivo de varios países en el ámbito del control de constitucionalidad de las leyes, podría rebatir que de una ley federal podemos decir que es inconstitucional, y esto, en ciertos casos, podría tener efectos parecidos a aquellos que derivarían de la indeterminación en la identificación misma de las fuentes.

Este hipotético constitucionalista, sin embargo, sólo estaría dando prueba de su ingenuidad, ya que sólo puede ser inconstitucional una ley cuyo contenido normativo (que se formula una vez interpretado el texto legislativo) parece incompatible con algún contenido normativo constitucional (que igualmente presupone un acto de interpretación constitucional). Así que todo lo relevante que puede ocurrir, y terminar por una declaración de inconstitucionalidad, presupone un acuerdo sobre la existencia de las dos fuentes, la legislativa y la constitucional. Con ello quiero demostrar que, incluso, las cuestiones interpretativas más controvertidas muy a menudo se construyen sobre la base de una no controvertida identificación de las fuentes, por un lado el texto constitucional, por el otro una ley federal.

¹ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

² Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

La misma realidad de las fuentes no escritas impone una prueba difícil al positivismo jurídico, que hoy tiende a limitarse a defender la tesis conocida como “de las fuentes sociales”. Autores como Raz³ ejemplifican lo que constituye una fuente social, entre otras cosas, a partir de la actividad legislativa. Un observador mínimamente informado puede identificar la existencia de aquella fuente que llamamos “ley” a partir de la observación de un conjunto de hechos sociales, que van de las discusiones en la arena parlamentaria, la redacción de proyectos de ley, la votación, y en última instancia la publicación del texto de la ley, que se distingue muy a menudo por un número, una fecha y a veces por un título.

Lo mismo aplicaría (casi) sin dificultad a los tratados internacionales, por lo menos a aquellos registrados ante la ONU. Pero si dejamos de lado a los tratados internacionales, ¿cuáles serían estos hechos sociales que nos permiten identificar al derecho internacional a partir de sus fuentes? Una respuesta dogmática, por parte de un internacionalista que compitiera en ingenuidad con el mencionado constitucionalista, invocaría la práctica repetida de los Estados y las actitudes capturadas por la noción mágica de *opinio iuris* (en el caso de la costumbre), o la práctica de la aceptación y del reconocimiento por la comunidad internacional (en el caso del *ius cogens*), etcétera.

A continuación, analizando las nociones de costumbre, de principios generales y de *ius cogens*, sugeriré que a pesar de tratarse de tres fuentes aparentemente distintas (siempre y cuando se rechace la existencia de un derecho natural), se trata del mismo fenómeno —del mismo hecho social—; es decir, un derecho de creación jurisprudencial. Las diferentes expresiones que se utilizan sólo traducen la exigencia, variable según el contexto, de ocultar este poder creativo, potencialmente arbitrario. Esto no significa que no exista la posibilidad de afirmar la existencia de una norma de fuente consuetudinaria o de *ius cogens* antes de que un juez la use para fundamentar su decisión. Esto resulta obvio, por lo menos, en el caso de las normas de fuente consuetudinaria, dado que existe un trabajo constante de “codificación” por parte de la doctrina. Lo que sostengo es que en el caso de estas fuentes, su misma individuación, como fuentes, se determina en el momento de su invocación por el juez, mientras que en el caso de una norma de fuente convencional, la existencia de uno u otro artículo de un tratado no está en discusión, siendo que sólo queda en las manos de los jueces la individuación de las normas expresadas por tal fuente, y no la individuación de la fuente misma.⁴

³ Raz, J., *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, Coyoacán, 2011.

⁴ Sobre la distinción entre individuación de las fuentes e individuación de las normas expresadas por las fuentes, véase Sucar, G., *Concepciones de derecho y de la verdad jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 160 y ss.

La arbitrariedad potencial en esta actividad de individuación puede derivar del hecho mismo del ocultamiento. Si los jueces que invocan costumbres, principios generales o *ius cogens* admitieran que lo que hacen es crear una norma jurídica para el caso presente y para potenciales casos futuros, harían consecuentemente un esfuerzo considerable para justificar tal acto de creación. En pocas palabras, en ciertos casos los jueces no pueden evitar la creación de nuevas normas jurídicas. Las dos opciones consisten en decirlo y hacer, por lo tanto, un esfuerzo argumentativo para justificar dicha creación, o no decirlo; esto es, disfrazar su creación bajo el manto de fuentes como la costumbre, los principios generales o el *ius cogens*.

No se trata simplemente, como ha sido ampliamente demostrado por la teoría del derecho y de la interpretación de corte realista,⁵ de afirmar el carácter creativo de la actividad que consiste en atribuir un significado a ciertas fuentes escritas cuyos términos son equívocos y vagos. Aquí se trata de algo más radical. Es la misma fuente que resulta determinada por el juez, no solamente la norma expresada por ella, sino la fuente misma. Que exista o no el hecho de la costumbre (como fuente de normas consuetudinarias) resulta determinado por el juez.

Además, si se renunciara a la ficción epistémica del descubrimiento de dichas fuentes —cuya supuesta existencia sería, en un sentido, dada— podría manifestarse con más claridad la práctica judicial que consiste en identificar libremente tales fuentes y las normas que de ellas se derivan. ¿Cuál sería la utilidad de tal transparencia? Esto permitiría una mejor comunicación entre distintas jurisdicciones, sobre todo entre aquellas que no pertenecen al mismo sistema jurídico. En la medida en que las fuentes existen y son identificadas a partir de las decisiones de los jueces, por un lado, y en la medida en que éstos niegan lo anterior, por el otro, resulta imposible identificar una práctica social que pueda constituir un referente, si no es que cierto, por lo menos relativamente estable, al que todos podrían apelarse al momento de identificar el derecho internacional aplicable.

Dicho en términos hartianos,⁶ una regla de reconocimiento de un hipotético sistema jurídico internacional sólo puede emerger de la praxis si los participantes más relevantes, esto es, los jueces internacionales (que muy a menudo son, contrariamente a lo que pasa con los jueces nacionales ordinarios, juristas destacados) y los jueces supremos nacionales (esto es, de las supremas cortes o de las cortes constitucionales, quienes, en algunos, si no es

⁵ Tal opinión parece tan generalizada que se ha podido afirmar que hoy todos somos realistas. Véase Leiter, B., *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

⁶ Hart, H. L. A., *op. cit.*

que en todos los casos, también pueden ser juristas destacados) entablan una virtuosa y transparente cooperación. Sólo tal cooperación podría limitar la indeterminación de las fuentes del derecho internacional.

Por una parte, este trabajo se concentrará en demostrar el carácter indeterminado de las nociones de costumbre, principios generales y, aunque indirectamente, *ius cogens*. Por otra parte, reconstruiré un caso claro de indeterminación de la fuentes, que por su complejidad —y por implicar más de una decisión— denominaré la “saga *Ferrini*”.⁷

II. ACERCA DE LA DEFINICIÓN Y DEL MITO DE LAS COSTUMBRES Y DE LOS PRINCIPIOS GENERALES

Las fuentes formales listadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia incluyen a la costumbre y a los principios generales, pero no al *ius cogens*, que sólo ha aparecido en un texto normativo internacional en 1969, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En virtud del artículo 38 del Estatuto:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, y
 - d. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

⁷ Se trata de una saga, ya que estuvieron implicados no sólo la Corte di Cassazione Italiana (Sentenza no. 5044/2004, *Ferrini c. Repubblica federale di Germania*, del 11-3-2004, y Ordenanza no. 14201/2008, *Repubblica federale di Germania c. Mantelli y otros*, del 29-5-2008), sino también la Corte Internacional de Justicia (*Jurisdictional Immunities of the State-Germany vs. Italy*; *Greece Intervening, Judgment*, 3-2-2012), y la Corte costituzionale italiana (Sentenza no. 248/2014). En este trabajo me concentraré en las cuestiones planteadas por los jueces italianos en 2004 y en 2008.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono* si las partes así lo convinieren.

Solamente en 1969, las normas de *ius cogens* han sido introducidas como criterios de validez de los tratados. Así reza el artículo 53:

53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“*ius cogens*”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, 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.

La noción de *ius cogens* ha tenido, desde los debates que precedieron la adopción del Tratado, ardientes opositores y defensores. Más allá de la cuestión, superada por la realidad del derecho positivo, sigue poco clara la naturaleza autónoma de tal fuente. En efecto, cabe la duda de que el *ius cogens* no sea una fuente, sobre todo entre aquellos que piensan que una norma de *ius cogens* es siempre una norma que deriva de una fuente formal, tratado, costumbre o principios generales y que sólo se distingue por su importancia, y no por su fuente distinta.⁸

No es importante determinar si tiene crédito o no la tesis de la autonomía del *ius cogens* como fuente o su negación; ello en la medida en que, en definitiva, el objeto del presente trabajo es la indeterminación de una categoría de fuentes, que puede o no incluir al *ius cogens*.

El análisis de las tres fuentes permite captar una suerte de evolución: si las costumbres podían ser fácilmente interpretadas como resultado del comportamiento convergente de los Estados, y los principios generales como principios aceptados por las naciones civilizadas —es decir, las más poderosas—, con el *ius cogens* parece cortarse definitivamente la conexión entre la existencias de normas y un elemento “empírico”, y, por lo tanto, externamente observable.⁹

⁸ He profundizado la noción de *ius cogens* en Garibian, S. y Puppo, A., “Acerca de la existencia del *ius cogens* internacional: una perspectiva analítica y positivista”, *Isonomía*, núm. 36, 2012, pp. 7-47. Allí se hallan las referencias bibliográficas, desde Vitoria hasta Robert Kolb.

⁹ Por cierto, la definición del *ius cogens* remite a un criterio aparentemente empírico, “la aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Mi sospecha es, sin embargo, que no existe nada, empíricamente observable, que corresponda a

Esta evolución, si mi intuición es correcta, no es tanto una evolución de la realidad, sino una evolución de las actitudes hacia las jurisdicciones internacionales y en particular respecto de la tarea que éstas deben llevar a cabo. Bajo esta perspectiva, no dedicaré un análisis específico al *ius cogens*, ya que lo que mostraré de costumbres y principios generales aplicaría, *a fortiori*, a las normas de *ius cogens*. Esta elección se justificará también a la luz de la saga analizada en la siguiente parte, en donde los jueces parecen pasar, para resolver dos casos idénticos,¹⁰ de un argumento basado en normas de *ius cogens* a un argumento basado en la costumbre sin mayores dificultades, y sin que la realidad hubiera cambiado.

Los estudios teóricos sobre las fuentes, en particular sobre la costumbre internacional, son particularmente numerosos.¹¹ No es mi intención analizar todo lo que se ha dicho al respecto, ni siquiera las tesis más originales. Por ello me limitaré, por lo que se refiere a la doctrina internacional, a pocas fuentes bibliográficas, insistiendo sobre algunas que tienen, por lo menos, el mérito de estar entre las primeras.

En el estudio de la costumbre me basaré en unas intuiciones de Kelsen¹² de finales de los años treinta del siglo pasado, y una contribución reciente de Schauer;¹³ por lo que se refiere a los principios generales, mi análisis se inspira de un estudio de Kopelmanas¹⁴ sobre el génesis del artículo 38 del

tal aceptación y reconocimiento. No ignoro los intentos hechos en tal sentido; por ejemplo, los que invocan las declaraciones (y, en general, las posturas) de la Asamblea general de la ONU; lo que me parece no obstante más significativo es la forma en que algunos jueces, primeros entre todos los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, terminan identificando normas de *ius cogens*, a veces, en contra de la evidencia empírica”, en Drnas de Clement, Z., “Las normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*). Dimensión sustantiva”, en *id.* (coord.), *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, vol. I, Córdoba, Editora Córdoba, 2002. Analiza, por ejemplo, el caso de la supuesta norma de *ius cogens* que prohíbe e impone castigar los actos de desaparición forzada.

¹⁰ En el caso *Ferrini* se invoca, al menos implícitamente, al *ius cogens*, mientras en el idéntico *Caso Mantelli* se invoca la costumbre.

¹¹ Me limito por lo tanto a reenviar a una sola obra que combina perfectamente una reconstrucción de la teoría clásica de la costumbre internacional y una perspectiva cercana a la que adoptaré en este trabajo: Kammerhofer, J., *Uncertainty in International Law. A Kelsenian perspective*, Oxon-New York, Routledge, 2010, cap. 3.

¹² Kelsen, H., “Teoría del derecho internacional consuetudinario”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 21, 1974, pp. 231-258 (de aquí en adelante TDC).

¹³ Schauer, F., “Pitfalls in the Interpretation of Customary Law”, in Perreau-Saussine, Amanda & James Bernard, Murphy (eds.), *The Nature of Customary Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 13-34.

¹⁴ Kopelmanas, L., “Quelques réflexions au sujet de l'article 38, 3° du Statut de la Cour permanente de justice internationale”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1936, t. 43, pp. 285-308.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; esto me llevará a formular algunas conclusiones sobre la naturaleza y la función de dichas fuentes.

1. *Kelsen y la teoría del derecho consuetudinario*

La centralidad de la costumbre en la obra de Kelsen está relacionada con su teoría monista.¹⁵ Si se considera que el derecho constituye una unidad, derecho nacional y derecho internacional tienen un único fundamento de validez. Si este fundamento se busca en el derecho internacional, dice Kelsen, habrá que constatar que la norma fundante básica del derecho internacional “establece a la costumbre de los Estados como un hecho productor de derecho”; tal norma fundante básica reza que “los Estados —es decir, los gobiernos estatales— deben comportarse en sus relaciones recíprocas, o bien la coacción de un Estado contra otro, debe ejercerse bajo las condiciones y en la manera que corresponda conforme a una costumbre interestatal dada”.¹⁶ En pocas palabras, “el problema de la norma fundamental del derecho internacional es el problema del fundamento de validez del derecho internacional consuetudinario”.¹⁷

Kelsen identifica perfectamente la ambigüedad del concepto de costumbre, que al mismo tiempo puede significar un método de creación del derecho o una norma creada en virtud del primero. La costumbre se erige en el abismo que separa el mundo de los hechos y de las normas, mundos, para Kelsen, ontológicamente inconmensurables. Más precisamente, Kelsen critica la formulación del artículo 38 del Estatuto de la CIJ en la medida en que define la “costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”.¹⁸

Según él, tal formulación resulta de la influencia de la doctrina francesa, representada en particular por Duguit, convencida de la existencia de un derecho objetivo, del cual, justamente, la costumbre podría ser una prueba.¹⁹ Más allá de tal dudosa herencia, el problema es ontológico: “una práctica no puede ser aceptada como derecho, porque el derecho es norma y

¹⁵ Sobre el monismo kelseniano, véase Puppo, A., “El monismo internacionalista kelseniano: las acrobacias de un positivista en el circo del iusnaturalismo pacifista”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 18, 2015, pp. 35-66.

¹⁶ Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, p. 227.

¹⁷ TDC, p. 238.

¹⁸ *Ibidem*, p. 239.

¹⁹ *Idem*.

la práctica es un hecho”.²⁰ Kelsen formularía así, el mismo artículo: “La corte aplica... las normas cuya validez, en tanto regla de derecho, es aceptado por una costumbre general”.²¹ Dado que para Kelsen la validez es la existencia específica de las normas jurídicas, la costumbre como tal no es derecho, sino una fuente social cuyo sentido puede ser un deber. Pero tal significación normativa no está dada en la naturaleza: sólo una costumbre puede expresar una norma jurídica si se presupone una norma fundante básica en virtud de la cual la costumbre es un hecho productor de derecho. Si no se suscribe a la problemática teoría de la norma fundante básica, el riesgo es dejarse seducir por las sirenas de lo que Kelsen llama “dualismo jurídico”, según el cual existiría un derecho más absoluto, por encima del derecho positivo.²²

El escepticismo kelseniano se funda sobre su convicción de que tal dualismo refleja una tendencia ideológica, el “subjetivismo puramente arbitrario, presuntuoso de poder afirmar la existencia, en el seno de la consciencia social del grupo o de cualquier otro dominio, de normas jurídicas diversas a las que han tomado forma concreta... creadas mediante el procedimiento usual del derecho, por la legislación o por la costumbre”.²³ Al fin y al cabo esta ideología de la costumbre termina confundándose con una teoría del derecho justo: el problema queda sin solución en la medida en que existen tantas opiniones sobre lo que es jurídicamente justo como juristas que estudian el concepto de costumbre.

Sólo queda entonces la humilde concepción de la costumbre como método de creación de derecho. Aun así los problemas no desaparecen, y Kelsen los identifica con lucidez al momento de profundizar la noción de *opinio iuris*, central en la concepción tradicional —dominante entre los juristas positivistas— de la costumbre jurídica.

Tal elemento subjetivo tiende a reducirse a la convicción de “ejecutar una norma ya en vigor”;²⁴ pero esta convicción sólo puede representar el elemento subjetivo, volitivo, de una norma que está en proceso de creación, y que por definición aún no existe. Entonces la teoría de la *opinio iuris* nos obliga a pensar que la costumbre nace de un error.

Si se rechaza la teoría del error, quedan dos alternativas: o se afirma que sí preexiste una norma, pero se trata de una norma moral, que quizá existe

²⁰ *Ibidem*, p. 240.

²¹ *Idem*.

²² *Idem*.

²³ *Ibidem*, p. 241.

²⁴ *Ibidem*, pp. 242 y 243.

en la conciencia social (con lo cual se vuelve a la ideología recién mencionada); o se admite que no existe ninguna obligación, y que “los actos constituyentes de la costumbre son, objetivamente, efectuados libremente, tanto como lo son en la conclusión de un tratado”.²⁵

A pesar de todos estos elementos que llevan a dudar de la objetividad de la costumbre, se reconoce que cuando los jueces aplican una costumbre su discurso es perfectamente descriptivo, como si el trabajo de identificación de la fuente no fuera menos mecánico que el que consiste en la identificación de una fuente escrita. El secreto de tal actitud se esconde en la ausencia de un auténtico proceso heurístico: los jueces no buscan la prueba de la existencia de la costumbre, y por ello pueden presentar sus hallazgos como obvios. La prueba no se presenta, no por ser obvia, sino por ser imposible de hallar.²⁶

La conclusión a la que llega Kelsen es límpida. Eso significa que el órgano competente para aplicar una regla de derecho internacional consuetudinario es absolutamente libre para considerar al hecho de la repetición

²⁵ *Idem*, p. 245.

²⁶ *Ibidem*, p. 246. Resulta fácil encontrar ejemplos concretos que ilustran el tipo de discurso que los jueces desarrollan tanto para afirmar como para negar la existencia de una costumbre. Resulta también fácil encontrar contraejemplos. Consciente de ello, mi afirmación no pretende reflejar una verdad absoluta, sino solamente algunas tendencias innegables. Para no encumbrar este trabajo con citas por lo demás conocidas (y además no contundentes, por lo dicho arriba) me limitaré a citar un extracto de la sentencia más relevante para nuestro trabajo, la sentencia ya citada *Alemania c. Italia*. En primer lugar la Corte afirma la existencia tanto de la práctica como de la *opinio iuris*: “En el presente caso, una práctica estatal particularmente importante se desprende de la jurisprudencia de los tribunales internos que fueron llevados a pronunciarse sobre la inmunidad de un Estado extranjero, de las leyes adoptadas por esos Estados que legislaron en el tema relativo a invocar la inmunidad por algunos Estados frente a tribunales extranjeros, al igual que de las declaraciones hechas por los Estados con ocasión del profundo examen que realizó sobre esta cuestión la Comisión de Derecho Internacional y después la Convención de Naciones Unidas. En ese contexto, la *opinio iuris* se refleja sobre todo en la afirmación, por parte de los Estados que invocan la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otros Estados, que se pueden beneficiar, en virtud del derecho internacional, por medio del reconocimiento otorgado por parte de los Estados que acordaron dicha inmunidad, que consiste en una obligación que les impone el derecho internacional”, en “Traducción de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre el diferendo relativo a las Inmunidades jurisdiccionales del Estado (*Alemania c. Italia; Grecia-interviniente*), Decisión sobre el fondo” (trad. de Abello Galvis, R. y Ferrer Acuña, C.), *Anuario Colombiano de Derecho Internacional-ACDI*, vol. 6, 2013, pp. 163-255. En cuanto a la existencia de una costumbre cuyo rango de aplicación fuera más amplio, la Corte niega su existencia basándose en esta afirmación: “Si bien es cierto que los Estados deciden a veces acordar una inmunidad más amplia que aquella que impone el derecho internacional, para la presente instancia el reconocimiento de una inmunidad en dichos casos no tiene la *opinio iuris* requerida” (traducción ligeramente modificada).

prolongada y constante de ciertos actos anteriores, como suficiente, o no, para constituir una costumbre creadora de derecho.²⁷

Si se abandona el elemento psicológico de la *opinio iuris*, puede optarse por la identificación de lo que ha sido llamado el elemento moral de la costumbre: la costumbre se formaría en la medida en que corresponde a las “exigencias de la comunidad internacional, a las necesidades del orden jurídico”.²⁸ Pero “la respuesta a la cuestión de saber si una regla responde o no a la moral... depende del arbitrio absolutamente libre de aquel competente para aplicarla”.²⁹

Kelsen concluye entonces que la función del elemento subjetivo, *opinio iuris* o elemento moral, es puramente ideológica: “disimular el papel importante, por no decir dominante, que desempeña en la creación del derecho consuetudinario el arbitrio del órgano competente para aplicar el derecho”.³⁰ En el mismo sentido fue el casi contemporáneo análisis de Kopelmanas, en el que hay que dudar de la exigencia de la *opinio iuris*: ¿qué significa actuar pensando estar obligado? ¿Obligado por qué tipo de norma? ¿Por el derecho positivo o el derecho natural? Su respuesta se basa sobre un hecho incontestable, que la creación de normas jurídicas por el proceso consuetudinario depende de las acciones del juez internacional. ¿Puede hablarse desde luego de la *opinio iuris* como si fuera el elemento constitutivo de la validez de la norma consuetudinaria? El autor piensa que no. El juez más bien investiga para saber si la regla corresponde a exigencias del orden internacional; si le parece ser así, el juez afirma la existencia de la norma consuetudinaria.

El análisis kelseniano reconstruido en esta sección se centró en el elemento subjetivo de la costumbre, dejando de lado la cuestión del elemen-

²⁷ TDC, p. 247.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Idem*. Kelsen concluye entonces que la función del elemento subjetivo, *opinio iuris* o elemento moral, es puramente ideológica: “disimular el papel importante, por no decir dominante, que desempeña en la creación del derecho consuetudinario el arbitrio del órgano competente para aplicar el derecho”. En el mismo sentido es el análisis de Kopelmanas, “Custom as Means of the Creation of International Law”, *The British Year Book of International Law*, 1937, pp. 127-151. Según este autor (*cf.* pp. 142-144), hay que dudar de la exigencia de la *opinio iuris*: ¿qué significa actuar pensando estar obligado? ¿Obligado por qué tipo de norma? ¿Por el derecho positivo o el derecho natural? Su respuesta se basa sobre un hecho incontestable: que la creación de normas jurídicas por el proceso consuetudinario depende de las acciones del juez internacional. ¿Puede hablarse desde luego de la *opinio iuris* como si fuera el elemento constitutivo de la validez de la norma consuetudinaria? El autor piensa que no. El juez más bien investiga para saber si la regla corresponde a exigencias del orden internacional; si le parece ser así, el juez afirma la existencia de la norma consuetudinaria.

³⁰ TDC, p. 248.

to material. Un reciente análisis de Frederick Schauer parece mostrar que también la identificación del elemento material es más problemática de lo que la doctrina deja imaginar.

2. Schauer y los problemas epistemológicos de la costumbre

Schauer empieza destacando la necesidad de distinguir entre la interpretación y la creación de la norma consuetudinaria.³¹ La ciencia del derecho internacional parece concentrarse sobre el problema de la interpretación, lo que parece dejar entender que su identificación sería algo evidente, una cuestión puramente empírica. Dejando de lado la *opinio iuris*, la imagen resultante de la doctrina es que hay prácticas generales y repetidas, y que sólo es necesario observar la realidad para identificarlas.

El autor dirige entonces cuatro críticas en contra de esta asunción, que reconstruiré a continuación.

En primer lugar —recuerda Schauer—, cuando alguien busca una costumbre, el resultado es a menudo la identificación de una costumbre determinada; sin embargo, este resultado, en muchos casos, podría haber sido diferente, es decir, que otras costumbres habrían podido ser identificadas. Existe una selección que, incluso no dependiendo necesariamente de las preferencias del intérprete, puede ser función de un conjunto de informaciones institucionales que hacen algunas costumbres más cognoscibles que otras. Esta información constituye el *background* institucional del intérprete. Es decir, que “la selección de lo que es interpretado puede en realidad ser más importante, respecto de un cierto resultado, que la interpretación misma de lo que ha sido seleccionado”.³²

El segundo problema surge de la siguiente cuestión, ¿en qué medida el intérprete está ligado por el precedente? Es decir, ¿en qué medida la existencia de una costumbre previamente identificada por otros jueces vincula al intérprete? ¿Cuánto depende del seguimiento de una regla y cuánto de un juicio de valor? En algunos casos, y Schauer toma el ejemplo de la esclavitud, se afirma la prohibición de un comportamiento, no tanto porque esta prohibición se desprende del precedente, sino porque este comportamiento es juzgado como moralmente intolerable. Resurge aquí algo parecido al elemento moral, pero no para identificar el elemento subjetivo, sino para identificar la práctica misma.³³

³¹ Schauer, *op. cit.*, pp. 16 y ss.

³² *Ibidem*, pp. 21 y 22 (traducción mía).

³³ *Ibidem*, pp. 23-26.

En tercer lugar, los que buscan una costumbre en un contexto práctico siempre están actuando con un fin. Se identificó desde entonces una costumbre que permite alcanzar este fin. Este argumento lleva a la misma conclusión que el precedente: una explicación o reconstrucción de las prácticas consuetudinarias del pasado parecerá mejor que otra, porque es moralmente preferible. Una de las razones que podría jugar un papel en esta selección podría ser la posibilidad de que los destinatarios entiendan la norma así identificada. Es decir, se seleccionará la norma que parezca la más aceptable en un momento dado, aceptable para los que son susceptibles de caer en el ámbito de aplicación de la norma.³⁴

La última cuestión nos permite regresar a una afirmación de Kelsen. ¿Existe por una práctica consuetudinaria que exige una determinada conducta otra práctica igualmente justificada que exige la conducta contraria?³⁵ A este propósito, Schauer, en una nota, expresa una duda: quizá el principio mismo del derecho consuetudinario internacional fue reconocido cuando existía una creencia profunda de que habían dos grupos relevantes de naciones: las civilizadas y las no civilizadas.³⁶ Siendo entonces la identificación del derecho internacional un monopolio de las primeras, no existía probablemente un riesgo serio de desacuerdo en cuanto a las normas consuetudinarias necesarias para regular las relaciones entre naciones (civilizadas).

Como es sabido, la referencia a las naciones civilizadas aparece en la definición misma de los principios generales del derecho, no sólo en el artículo 38 (ya citado), sino también en los primeros textos que garantizan los derechos humanos, como la Convención Europea de Derechos Humanos, que en su artículo dedicado al principio de legalidad penal no duda en introducir una alarmante excepción: el principio de legalidad penal proclamado en el artículo 7o. dicta que “no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas”.

El último punto destacado por Schauer sugiere profundizar la noción de principio general, en el entendido de que la diferencia práctica entre costumbres y principios puede resultar irrelevante; igual de irrelevante podría resultar —así como la jurisprudencia penal internacional ha demostrado (o

³⁴ *Ibidem*, pp. 26-28.

³⁵ *Ibidem*, pp. 28-31.

³⁶ *Ibidem*, nota 38 p. 30: “Sospecho que cuando el principio del derecho consuetudinario fue por primera vez reconocido se creía totalmente que había sólo dos grupos relevantes de naciones, las «civilizadas» (o desarrolladas) y las «no civilizadas» (o atrasadas o primitivas)” (traducción mía).

más bien mostrado a su pesar)—³⁷ la distinción entre principios generales y normas imperativas; esto es, normas de *ius cogens*. Por otro lado, lo que constituye el elemento moral de la costumbre, por lo menos en la reconstrucción de Kelsen, parece recogido de la referencia a las normas aceptadas por la comunidad internacional, elemento de la definición de las normas de *ius cogens*. Una vez eliminada la referencia a las naciones civilizadas, resulta claro que, en términos conceptuales, la distinción entre costumbres, principios generales y *ius cogens* resulta por lo menos borrosa, y susceptible, como veremos en la conclusión de esta sección, y luego, al momento de reconstruir la saga Ferrini, de fáciles manipulaciones.

3. *El contexto antijudicial de la codificación de los principios generales como fuente formal*

Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas quizá existen en el discurso jurídico internacional desde la cláusula Martens:³⁸

Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.

Como puede fácilmente notarse, en esta clase están perfectamente mezclados los tres elementos que luego jugarán, aparentemente, el papel de elementos definitorios de, respectivamente, las costumbres, los principios generales y las normas imperativas de *ius cogens*; es decir, los usos, los principios reconocidos por las naciones civilizadas, y la humanidad y/o la conciencia pública.³⁹

³⁷ Sobre este punto véase Garibian, S., *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne. Naissance et consécration d'un concept*, París, LGDJ, 2009. En donde se reconstruye, en particular, la forma en que los tribunales penales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda han usado los principios generales y las normas de *ius cogens*, haciendo de estas últimas normas algo poco distinguible de los principios generales.

³⁸ La cláusula de Martens fue formulada en el preámbulo del II Convenio de La Haya de 1899, relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

³⁹ Sobre la relación compleja entre la cláusula Martens y los primeros usos, aún sin implícitos, de las normas de *ius cogens* por los jueces en Núremberg, véase Garibian y Puppo, *op. cit.*, pp. 14-16.

La positivización de tales principios se hace en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que atribuye a estos principios el carácter de fuente formal del derecho internacional general.

En un artículo de 1936,⁴⁰ Kopelmanas analiza las teorías dominantes que intentan explicar la naturaleza y el origen de estos principios,⁴¹ para llegar a una doble conclusión. Por un lado, estos principios no son sino una creación jurisprudencial, ya que “Las reglas de los derechos internos han sido elaboradas por agentes que tienen exclusivamente una competencia nacional... Para que tengan fuerza jurídica en el orden internacional, deben recibir una conspiración especial por parte de un agente con competencia internacional. Podría pensarse aquí al juez que los aplica por primera vez en derecho internacional. Entonces, en lugar de principios generales de derecho, tendríamos una tercera fuente autónoma del derecho de gentes, la jurisprudencia”.⁴²

Por otro lado, Kopelmanas sugiere que si no se formalizó la jurisprudencia internacional como fuente del derecho fue por la resistencia, dominante en esa época, hacia un tal reconocimiento debida en particular a la desconfianza hacia los jueces.⁴³ De hecho, el poder del juez de crear normas basándose en consideraciones de justicia fue incluida en el numeral 4 (numeral 2 en la redacción actual)⁴⁴ del artículo 38, pero subordinando esta actividad a la aceptación de las partes.⁴⁵

La equidad, sin embargo, seguía escondida en la noción de principio general:⁴⁶ en último análisis, los numerales 3 y 4 terminan haciendo referencia a lo mismo; la presencia de ambos sólo se explica políticamente: la proposición francesa —permitir que se juzgara sobre la base de principios

⁴⁰ Kopelmanas, *op. cit.*

⁴¹ El autor se refiere en particular a la opinión de Verdross, según la cual dice que “El juez internacional, decidiendo conforme a los principios generales de derecho, no obra para nada como legislador, sino que cumple un auténtico acto jurisdiccional, que consiste en aplicar una regla jurídica que ya existe a un caso particular” (traducción mía). Para una síntesis de las posiciones doctrinales al respecto, incluyendo aquellas que consideran a los principios generales como la encarnación del *ius cogens*, véase Vitanyi, B., “Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées»”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1982, pp. 48-116.

⁴² Kopelmanas, *op. cit.*, p. 296 (traducción mía).

⁴³ *Ibidem*, p. 306.

⁴⁴ El artículo 38 en su versión original tenía una estructura diferente. El numeral 1 se refería a los tratados, el 2 a las costumbres, el 3 a los principios generales y el 4, en su primer alineamiento a la jurisprudencia, y en su segundo a la equidad.

⁴⁵ Koplemanas, *op. cit.*, pp. 305-307.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 304.

de derecho o de justicia— encontró la firme oposición de Politis, quien aceptaba, como fuente, a los principios jurídicos, pero no a la justicia. Así que se autonomizaron los principios generales —en el numeral 3— y se creó un numeral especial, el 4, para la jurisprudencia (primer alineación) y la justicia y la equidad (segundo alineación), relegando, sin embargo, tales fuentes al rango de fuente subsidiaria, y subordinando la equidad al acuerdo de las partes.⁴⁷

Otro argumento. Si estos principios no fueran sino el conjunto de los principios comunes a los Estados, entonces las letras c y d del actual artículo 38 serían redundantes. La jurisprudencia y la doctrina nacionales son una fuente auxiliar a los principios generales. No importa cuál sea la fuente material, es decir, la fuente del contenido de estos principios. Según el autor, estos principios se transforman en derecho internacional en la medida en que una autoridad internacional le reconoce una validez internacional. Y esto sucede cuando el juez internacional decide solucionar un caso invocando estos principios. Resulta de todo esto que, si estos principios existen, sólo pueden ser creaciones jurisprudenciales. Y, como tales, estos principios —reflejos de una realidad normativa reconocida por las naciones civilizadas— se imponen necesariamente a las fuentes tradicionales; es decir, a la costumbre y al tratado. Estos principios “deberían colocarse por arriba de las demás reglas jurídicas internacionales: jugarían, respecto de estas, el papel de una ley constitucional que prevalece sobre la ley ordinaria”.⁴⁸

Al fin y al cabo si volvemos a las reflexiones de Kelsen y Schauer, los principios generales y las costumbres son la misma cosa, sólo cambia el discurso doctrinal que justifica su existencia. Cambia la práctica que se considera como “fuente”, pero no cambia el papel del juez, quien a partir de un análisis que, ya los sabemos, no es moralmente neutro, afirma la existencia de normas internacionales que no son la expresión, según la teoría voluntarista tradicional, del consentimiento (implícito) de los Estados, sino el fruto de las intuiciones político-morales de los mismos jueces internacionales: “la solución del problema de las fuentes del derecho depende de la manera en que el juez mismo ejerce sus funciones”.⁴⁹

⁴⁷ *Ibidem*, p. 305. Por razones de espacio me limito a reconstruir el discurso de Kopelmanas, y no ofrezco una referencia directa a los debates. Los elementos textuales de los debates se encuentran, obviamente, en el texto del citado autor.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 297, nota 38. El autor se apoya en las posturas de De Vischerr, C., “Contribution à l’étude des sources du droit international”, *Mélanges Gény*, París, Sirey, 1934, pp. 389-399; y Scelle, G., “Essai sur les sources formelles du droit international”, *Mélanges Gény*, París, Sirey, 1934, pp. 400-430.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 307.

4. *Conclusión: cuanto más indeterminadas tanto más victoriosas*

No es necesario profundizar más en la noción de principios generales, ya que desde algunos años la noción de *ius cogens* parece jugar el papel anteriormente jugado por aquéllos. Probablemente la definitiva identificación entre la fuente tradicional mencionada en el artículo 38 del Estatuto de la Corte y la nueva fuente —ambas, en definitiva y respectivamente, hijas y nietas de la cláusula Martens— fue operada por los tribunales penales internacionales *ad hoc*, que empezaron a hablar, casi indistintamente, de los principios generales y de las normas imperativas.⁵⁰

En otra ocasión he profundizado el concepto de *ius cogens*.⁵¹ Una de las conclusiones a las que llegué fue que las normas de *ius cogens* quizá se definen por su carácter inderrotable. Esto significa que se reconoce una norma de *ius cogens* cuando, frente a un conflicto entre principios, o entre derechos, uno de estos principios tiende a tener mayor resistencia, esto es, tiende a no ceder el paso. Tales principios tendrían carácter de normas imperativas inderogables. Pero contrariamente a normas que son inderogables, por ser naturales (según una concepción clásica y iusnaturalista del *ius cogens*), tales normas positivas de *ius cogens* serían simplemente inderogables *rebus sic stantibus*; esto es, hasta que —en opinión de los jueces llamados a resolver los conflictos— los valores dominantes en la comunidad internacional no cambien las jerarquías axiológicas que constituyen el fundamento de la actividad judicial, por lo menos en los casos difíciles.

Es precisamente el análisis de un caso difícil que me permitirá concretar las reflexiones teóricas desarrolladas hasta aquí.

III. UN CASO CLARO DE INDETERMINACIÓN DE LAS FUENTES: LA SAGA *FERRINI*

Para poner de relieve la riqueza y la variedad de los razonamientos que pueden desarrollarse cuando un juez tiene que aplicar fuentes internacionales esencialmente indeterminadas, es muy instructivo el caso *Ferrini*, juzgado inicialmente por la Corte di Cassazione italiana.

La saga *Ferrini* empieza con una demanda del señor *Ferrini*, quien solicita una reparación en virtud del perjuicio subido a razón de las conductas de los nazis durante la Segunda Guerra Mundial. Después de varias sentencias

⁵⁰ Sobre este momento tópico, véase Garibian, S., *op. cit.*, pp. 355-358.

⁵¹ Garibian y Puppo, *op. cit.*

de los tribunales civiles italianos, se llega a la Corte di Cassazione, que reconoce su competencia y condena al Estado alemán.

En una decisión posterior, el *caso Mantelli*, un caso idéntico al *caso Ferrini*, la misma Corte llega a la misma decisión. Sin embargo, haciendo una reconstrucción distinta del derecho aplicable: en la primera decisión la Corte invoca un valor superior, la protección de las víctimas de los crímenes de lesa humanidad, capaz de limitar el efecto de la norma consuetudinaria que impone al juez el respeto de la inmunidad jurisdiccional del Estado; en la segunda, deja entender que una nueva costumbre, tendiente a limitar la inmunidad jurisdiccional, parece haberse formado al reemplazar (o limitar el ámbito de aplicación de) la costumbre favorable al Estado.

Al hablar del *caso Ferrini*, hay que utilizar “caso” en sentido amplio, como, por así decirlo, “caso genérico”, ya que intervinieron distintas jurisdicciones: la Corte Internacional de Justicia se pronunció sobre un caso *Alemania c. Italia*, generado por la decisión del tribunal italiano en el *caso Ferrini*, y la Corte constitucional italiana, que esencialmente da la espalda al derecho internacional para reafirmar los valores fundamentales inscritos en la Constitución nacional, en particular el derecho a una garantía jurisdiccional efectiva, valores que habían implícitamente justificado la primera decisión en el *caso Ferrini*.

Para poner de relieve las complicaciones que derivan del tipo de fuente que resulta central en la construcción de los distintos razonamientos, habrá que identificar, primeramente, todas las cuestiones a las que explícita o implícitamente se enfrentan los jueces, para luego, a la luz de una reconstrucción de los argumentos esgrimidos, precisar la multitud de interpretaciones posibles en cuanto al derecho aplicable y/o efectivamente aplicado y destacar las confusiones persistentes.

1. *Los problemas planteados por la aplicación de una fuente no escrita*

El caso genérico podría desdoblarse en dos. Un caso genérico de competencia de los jueces nacionales, y un caso genérico de responsabilidad del Estado extranjero por graves violaciones del derecho internacional.

Hay que limitarse al primer caso, puesto que todas las divergencias entre los participantes se concentran alrededor de la cuestión relativa a la competencia del juez nacional o, visto desde otra perspectiva, alrededor de la cuestión relativa a la inmunidad del Estado frente a la jurisdicción de los jueces nacionales (de otro Estado, por supuesto).

La cuestión relativa a las graves violaciones del derecho internacional, o de los derechos fundamentales de algunos individuos, o a la comisión de ciertos crímenes de lesa humanidad, se comporta como una cuestión de hecho; de alguna forma de poco interés para un observador del razonamiento judicial, salvo a fines de competencia. De poco interés porque nadie, entre los participantes, niega que se hayan cometido crímenes, violado derechos humanos, etcétera. Esto se entiende perfectamente ya que se trata de conductas de los nazis durante la ocupación de Italia, hechos comprobados históricamente. Tampoco se cuestiona la responsabilidad del Estado alemán respecto de las víctimas. Es sabido que el Estado alemán nunca ha negado su deber de reparar.

Si se llega a solicitar la intervención del juez, es porque las víctimas que no se sintieron satisfechas por los acuerdos de indemnización intervenidos entre Alemania e Italia quisieron que las jurisdicciones civiles obligaran al Estado alemán a pagar una reparación.

Frente a tal demanda, la primera cuestión planteada por el Estado alemán fue la falta de competencia del juez italiano, en virtud de la norma consuetudinaria internacional, aplicable en Italia, que establece la inmunidad jurisdiccional del Estado.

Las cuestiones, que todos los participantes debieron contestar, fueron, esquemáticamente, las siguientes: 1) ¿existe una norma internacional que establece la inmunidad jurisdiccional de los Estados ante las jurisdicciones de otros Estados? Si tal norma existe; 2) ¿cuál es su naturaleza? ¿Es jurídica, moral, de etiqueta, convencional, consuetudinaria...? ¿Es una regla o un principio?; 3) ¿cuál es su formulación más adecuada? En particular, ¿cuál es su operador deóntico, obligatorio o permitido?; 4) Si tal norma existe y es jurídica, ¿es válida? Si tiene sentido plantearse la cuestión de su validez; 5) ¿con base en qué criterios se determina su validez? Independientemente de su validez; 6) ¿tal norma es aplicable al caso concreto? Para especificar la pregunta hay que formular dos preguntas más: 7) ¿cuál es la mejor descripción de los hechos y su calificación jurídica, por lo menos *prima facie*?, y 8) ¿cuál es el ámbito de aplicación de la norma? ¿Cuál es la mejor formulación del antecedente, esto es, cuál es la lista más completa y no controvertida de condiciones de aplicación de la norma?

Las preguntas que se formulan en el inciso 8 tienen también efecto, potencialmente, sobre la respuesta que se da a la pregunta 4. Es decir, que dependiendo de sus condiciones de aplicación, podrá apreciarse una eventual antinomia con una norma superior, o posterior, o especial, lo que podría implicar la invalidez de la norma.

La cantidad de las preguntas se explica por la naturaleza de la fuente *prima facie* aplicable. En efecto, la controversia, desde el principio, parece depender de los efectos, para las víctimas, de la aplicación de la norma consuetudinaria sobre inmunidad. Por ser el elemento inicial del problema una norma consuetudinaria, se explican otras preguntas que no tendrían sentido si se tratara, por ejemplo, de una fuente convencional, esto es, de un texto jurídico.

Hay que hablar de fuentes *prima facie* aplicables porque, tratándose precisamente de una costumbre, la misma cuestión de la existencia de la fuente puede ser cuestionada. Este problema —como lo he anticipado en la introducción— no afecta otras fuentes del derecho, incluso las más indeterminadas, como son las fuentes constitucionales. En efecto, aunque pueda existir una duda sobre el significado que debe atribuirse a ciertas formulaciones constitucionales, difícilmente se duda sobre la presencia en el texto constitucional de ciertas palabras, o sobre su operador deóntico. Si un texto dice que “los nacionales pueden votar”, puede existir una duda sobre el significado de “nacional” (¿todos o solamente los nacionales por nacimiento?); pero es claro que los nacionales pueden votar. La modalidad deóntica es la permisión, de lo cual puede inferirse *a contrario* la prohibición para los que no son nacionales, pero también la prohibición del voto obligatorio.

Admitamos ahora que en el *caso Ferrini*, como la mayoría de la doctrina ha reconocido,⁵² entran en conflicto dos valores: la protección de los derechos humanos, por un lado, y la soberanía de los Estados, por el otro. Más allá de este acuerdo, sólo hay dudas.

En un contexto nacional, se llega a los valores a partir del análisis de las justificaciones subyacentes a ciertas reglas muy a menudo formuladas a partir de la interpretación de ciertos textos. Se llega a los valores porque se identifica un conflicto normativo, y para resolverlo (para solucionar el caso) hay que atribuir un cierto peso a los valores en conflicto; según una forma usual de describir esta situación, la solución deberá reflejar la mejor ponderación, esto es, proteger el valor que en el caso concreto tiene mayor peso.⁵³

La identificación del conflicto no está en tela de juicio. El desacuerdo radica en cómo resolver el conflicto, no versa sobre su existencia. Para que exista un conflicto normativo deben existir por lo menos dos normas; en

⁵² Dada la importancia del tema, la literatura al respecto es bastante copiosa. Véase, por lo menos, De Sena, P. y De Vittor, F., “State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case”, *European Journal of International Law*, vol. 16, núm. 1, 2005, pp. 89-112.

⁵³ Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

el caso de las fuentes escritas, por lo menos *prima facie*, es fácil identificar el conflicto potencial. Si un texto dice “La vida debe ser protegida desde la concepción”, y otro texto dice “El embarazo puede interrumpirse en las doce primeras semanas”, el conflicto potencial es obvio, así como es obvio también en el caso en que la primera formulación no especifique “desde la concepción”. En este segundo caso la interpretación restrictiva del primer texto puede hacer que el conflicto potencial no se actualice, pero nadie negaría que existen dos textos cuya aplicación simultánea podría crear algún tipo de problema a los juzgadores.

Por otro lado, ambos textos se caracterizan por un cierto origen —o, como dijo atinadamente Dworkin, un pedigrí—,⁵⁴ lo que significa, no solamente una cierta autoridad creadora, sino también una fecha, lo que en muchos casos puede ayudar a evitar el conflicto, en virtud de la aplicación de los clásicos criterios que dan prioridad a la fuente jerárquicamente superior o cronológicamente posterior.

Una última precisión es necesaria. Los autores que más se han ocupado de los conflictos entre derechos, por ejemplo Robert Alexy en su *Teoría de los derechos fundamentales*, han insistido sobre una diferencia entre los conflictos entre principios y los conflictos entre reglas. Cuando dos principios constitucionales entran en conflicto, aunque uno de los dos deba ceder el paso al otro, ninguno de los dos pierde su validez, es declarado nulo o viene expulsado del sistema jurídico. Esto se justifica en la medida en que los principios se encuentran, y chocan, en el nivel más alto de la jerarquía normativa, así que, siendo ambos, por así decirlo, criterios últimos de validez de las demás normas inferiores, nunca el choque puede interpretarse como la violación de un principio por el otro, sino, más modestamente, como una dificultad práctica, consistente en no poder aplicar ambos simultáneamente.

Al contrario, un conflicto entre dos reglas puede resolverse por la declaración de invalidez de la norma inferior o anterior; eventualmente por la introducción de una excepción en la norma general. En todos los casos, el derecho cambia, o porque se elimina la norma inferior incompatible, o porque se modifican sus condiciones de aplicación (cuando se introduce una excepción). En el caso de los conflictos entre principios, las normas generales, antes y después la solución del conflicto, no cambian.

¿Qué pasa en nuestro caso genérico? ¿Es un caso de ponderación entre principios? ¿Es un caso de validez o invalidez de una norma inferior a la luz de una norma superior? ¿Es un caso de sucesión de una norma posterior a una anterior, esto es, un caso de validez resuelto en virtud de un

⁵⁴ Dworkin, *op. cit.*

criterio no jerárquico? ¿Es un caso de aplicabilidad de una norma de la que no se cuestiona la validez, pero de la cual se advierte la necesidad de precisar (reduciéndolo, esto es, introduciendo una excepción) su ámbito de aplicación?

En lo que sigue, intentaré reconstruir, a partir de la lectura de las dos sentencias italianas, *Ferrini* y *Mantelli*, unas respuestas posibles para todas las preguntas planteadas. Lo que ha seguido, esto es, la decisión de la Corte Internacional de Justicia y la decisión de la Corte constitucional italiana,⁵⁵ a pesar de tener una gran importancia política, son más las consecuencias y no parte de lo que quiero mostrar; esto es, de la indeterminación del derecho cuando entran en juego fuentes, como la costumbre, los principios generales o el *ius cogens*.

2. Dudas sobre la existencia de la norma consuetudinaria en materia de inmunidad

La cuestión de la existencia de una costumbre puede desdoblarse. En efecto, puede hablarse de la existencia de una costumbre cuando *prima facie* existen los dos elementos constitutivos de la costumbre (suponiendo que tal aseveración tenga sentido, lo que puede dudarse, en virtud de lo expuesto anteriormente). Pero todavía no sabemos qué costumbre existe, es decir, cuál es el contenido normativo de dicha costumbre.

Así que, en el caso concreto, podemos claramente distinguir tres preguntas. Por un lado el tribunal italiano se pregunta si existe una costumbre en materia de inmunidad. Por otro, se pregunta si la norma jurídica así identificada debe ser aplicada al caso concreto; esto es, a la demanda de reparación. En fin, en caso de respuesta positiva a la segunda pregunta, el juez puede dudar de la validez de tal norma.

⁵⁵ Alemania reacciona a la decisión en el caso *Ferrini*, introduciendo una demanda ante la Corte Internacional de Justicia, sosteniendo que Italia, reconociendo su competencia para enjuiciar al Estado alemán, ha violado el derecho internacional, en particular la norma que establece la inmunidad jurisdiccional de los Estados. La CIJ establece que Italia ha violado una obligación internacional, aquella que prohíbe a las jurisdicciones nacionales ejercer su competencia respecto de un Estado (en virtud de la inmunidad jurisdiccional del Estado). En este mismo caso, el juez Cañado Trindade redacta una opinión disidente, en la que reconstruye el derecho aplicable de forma similar al juez italiano en el caso *Ferrini*, precisando el alcance, esto es, el ámbito de aplicación, de la norma sobre inmunidad de los Estados. Por su parte, la *Corte costituzionale* italiana se limita a reafirmar los principios constitucionales vigentes en Italia, sin meterse a una interpretación del derecho internacional.

A. *Existencia de una norma (no mejor identificada)
sobre inmunidad aplicable al caso concreto*

¿Qué significa “no mejor identificada”? Como se anticipó en el apartado anterior, puede ser que más allá de las dudas sobre la naturaleza de la norma (regla o principio), y su contenido (tanto sus condiciones de aplicación como su modalidad deóntica), el juez propenda por la existencia de una norma *prima facie* aplicable al caso. En particular, dado el primer argumento del Estado alemán, tendiente a una declaratoria de incompetencia por parte del juez italiano, se entiende perfectamente que el tribunal analice el argumento de la existencia de la norma sobre inmunidad. La particularidad del caso italiano radica en que Italia no estaba sujeta al derecho convencional por no haber ratificado el Tratado en materia de inmunidad,⁵⁶ así que la fuente potencialmente aplicable era necesariamente una fuente no convencional. Al respecto, Alemania invoca la existencia de una norma consuetudinaria que impone el respeto de la inmunidad jurisdiccional de los Estados.

Esta norma puede ser fraseada como principio o como regla. En el próximo apartado analizaré sus posibles contenidos; por el momento es suficiente constatar que los jueces aceptan la existencia de una norma jurídica en materia de inmunidad. Parecería también que aceptan que se trata de una fuente consuetudinaria. La fuente consuetudinaria caracterizaría sin duda el principio, mientras, eventualmente, podría cuestionarse si la fuente de las reglas correspondientes no deba reconducirse a la jurisprudencia. Dicho esto, no siendo el precedente una fuente formal como la costumbre o los principios generales, no parece ser un camino prometedor, para un juez que razona sobre fuentes internacionales, basarse en una fuente que califica como jurisprudencial. En la primera parte de este trabajo creo haber demostrado que es una cuestión puramente retórica, pero es un hecho que en términos retóricos es importante que el juez, sea cual sea su estrategia, atrinchere su fuente asociándola a una fuente formal tal como las mencionadas en el artículo 38.

B. *Existencia de una norma con un contenido precisamente
identificado aplicable al caso concreto*

El principio podría rezar así: los jueces deben respetar la inmunidad soberana de los Estados, o bien debe respetarse la igualdad soberana de los

⁵⁶ Lo hizo, de hecho, después de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, con la consecuencia de que la Corte constitucional italiana, en la decisión citada, terminó declarando inconstitucional la ley italiana de ratificación.

Estados; el primer principio sería más concreto que el segundo; por ejemplo, el derecho de publicar una información en un periódico es más concreto que la libertad de expresión. Pero cuando se busca una regla aplicable a un caso, se hacen explícitas ciertas condiciones de aplicación que se han venido precisando a lo largo de la evolución del derecho internacional, a partir de una combinación de propiedades relevantes. Por ejemplo, se ha vuelto relevante la distinción entre actos *de iure imperii* y actos *de iure gestionis*,⁵⁷ la distinción entre acciones civiles y acciones penales, la distinción entre actos cometidos en el territorio del Estado en el cual tiene jurisdicción el juez y actos cometidos fuera de ese territorio.

La relación entre principios y reglas, si es que se acepta esta distinción, es bastante conocida. Un principio, al momento de buscar aplicación en un caso concreto, debe ver explicitadas sus condiciones de aplicación. Tal explicitación obedece, pragmáticamente, a las circunstancias del caso concreto, lo que permite la formulación, a lo largo de las aplicaciones del principio (y de sus potenciales conflictos con otros principios) de distintas reglas.

Dado el caso concreto, la pregunta es si existe una regla que impone al juez declinar su competencia en materia de responsabilidad civil, cuando se den las siguientes condiciones: a) que el Estado extranjero ha cometido crímenes de lesa humanidad cuyas víctimas demandan reparación, o b) que tales crímenes han sido cometidos en el territorio nacional del Estado cuya competencia jurisdiccional se está cuestionando.

La Corte profundiza las propiedades de las conductas del Estado alemán. Si es cierto que se trata de actos *de iure imperii*, es cierto también, y Alemania no contesta este punto, que se trata de crímenes internacionales. La intuición del juez es que resulta algo extraño que el derecho internacional ampare la comisión de crímenes internacionales. Si se tratara de una ley, de un texto creado por un legislador, el razonamiento habría podido asumir el carácter clásico de un argumento histórico: ¿Quiso el legislador incluir o excluir la comisión de los crímenes de lesa humanidad del ámbito de aplicación de la norma que establece la inmunidad jurisdiccional de los Estados? Tratándose de una fuente consuetudinaria y que no se habían dado casos en el pasado, resulta obvio que bajo este rubro sólo pueden darse conjeturas, ninguna de ellas dotadas de un sólido respaldo en las fuentes.

⁵⁷ Los jueces italianos no ponen en cuestión que se trate de actos *de iure imperii*. De otra opinión fue el juez Cançado Trindade, que en su opinión disidente formulada en el *caso Alemania c. Italia* propuso distinguir entre tres categorías y no dos, como tradicionalmente se hace. Más allá de los actos *de iure imperii* y los actos *de iure gestionis*, habría que contemplar los *delicta imperii*, para los cuales, según él, no valdría la inmunidad.

Lo que encuentra el juez, el caso más similar, es la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en el *caso Al-Adsani*,⁵⁸ en el cual, por mayoría de un voto, se juzgó que debía prevalecer la inmunidad jurisdiccional del Estado aun cuando éste hubiera cometido actos de tortura. Sin embargo, como anticipé arriba, en este caso los actos de tortura habían sido cometidos fuera del territorio del Estado (el Reino Unido); ante esto, la víctima había hecho valer sus derechos.

Obviamente, tal razonamiento lleva a una de las siguientes conclusiones: tal regla existe o no. Si el juez termina su investigación por la negativa, entonces no hay que ir más lejos. Pero si el juez considera que sí existe la regla —a partir de su propio razonamiento basado en el principio consuetudinario que sólo establece, sin precisar las condiciones, el respeto de la inmunidad jurisdiccional del Estado— entonces habrá que llevar más lejos el razonamiento. Habrá que preguntarse si la regla, construida a partir del principio consuetudinario, es válida; es decir, si cumple con criterios superiores de validez.

Obviamente, mi reconstrucción es excesivamente analítica, dado que tales etapas son probablemente indisociables en el razonamiento de cada juzgador; quiero decir que si un juzgador cree que tal regla es inválida, probablemente, en la segunda etapa, llegaría a la conclusión de que tal regla no existe, ya que no tendría sentido, en un primer momento, construir la regla, para luego destruirla en virtud de su invalidez. Estas dos etapas son inevitables cuando las reglas se desprenden de textos, pero cuando se trata de fuentes consuetudinarias, las dos etapas pueden útilmente combinarse.⁵⁹

Aun así, la exigencia analítica puede tener una contrapartida práctica; en el caso de jueces colegiados que deciden por mayoría, podría ser que un juez que se haya quedado en minoría al momento de decidir si la regla existe o no, retome sus argumentos para convencer a sus colegas: la regla quizá existe, pero debe ser descartada por ser inválida; esto es, por violar ciertos criterios de validez.

⁵⁸ ECtHR, *Al Adsani vs. United Kingdom*, App. no. 35763/97, 21.11.2001.

⁵⁹ En el *caso Ferrini*, los jueces parecen combinar estas dos etapas, ya que, a la luz de valores superiores, reconsideran el supuesto de hecho de la regla que impone respetar la inmunidad: “El problema que se plantea, de hecho, es el de averiguar si la inmunidad jurisdiccional puede operar incluso en presencia de conductas que... asumen caracteres de extrema gravedad, configurando, en virtud de normas consuetudinarias de derecho internacional, como crímenes internacionales, por atentar a valores universales que trascienden los intereses de las comunidades estatales” (pfo. 7, traducción mía).

C. *Existencia de una norma con un contenido precisamente identificado aplicable al caso concreto y perfectamente válida*

Aun cuando una regla parece haber sido formulada a partir de la concretización de un principio, el principio puede volver sobre la mesa, sobre todo cuando la validez de la regla formulada anteriormente parece ser cuestionada por la existencia de un principio superior, o cuando su aplicación parece dudosa, sobre todo si el caso concreto presenta características que parecen ausentes en los casos anteriores que han dado lugar, precisamente, a la regla cuestionada.

En esta tercera etapa, la pregunta versa sobre la existencia de criterios de validez que pueden condicionar la validez de la regla *prima facie* aplicable. Suponiendo que los jueces hayan llegado a la conclusión de que existe una regla, de fuente consuetudinaria, que obliga a declinar la competencia aun cuando los actos del Estado constituyen crímenes internacionales cometidos en el territorio sobre el cual el juez tiene competencia (en este caso Italia), puede surgir la duda siguiente: ¿es tal regla válida? ¿Existen normas superiores que condicionan la validez de las normas consuetudinarias? Los jueces de la Corte di Cassazione, en la decisión sobre el *caso Ferrini*, parecen pensar que sí existe tal criterio; es decir, la norma de *ius cogens* que prohíbe la comisión de crímenes internacionales tendría, como corolario necesario, la norma que impone, o por lo menos permite, a los jueces civiles ejercer su competencia y condenar al Estado criminal a la reparación del daño sufrido por las víctimas.

Según la Corte di Cassazione:

El reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción a favor de los Estados que se han hecho responsables de estos crímenes está en marcado contraste con los datos normativos que acabamos de mencionar, ya que tal reconocimiento, lejos de favorecer, dificulta la protección de los valores, cuya protección es de considerar, al igual que estas reglas y principios, esenciales para la Comunidad internacional; tan esencial que incluso justifica, en los casos más graves, formas obligatorias de reacción. Y no cabe duda de que la contradicción debe resolverse dando prioridad a las normas de rango superior, como se especifica en las opiniones divergentes expresadas por los jueces minoritarios (ocho contra nueve) juntas a la sentencia Al-Adsani... por lo tanto, excluyendo que, en tales casos, el Estado pueda beneficiarse de la inmunidad de la jurisdicción extranjera.⁶⁰

⁶⁰ *Caso Ferrini* (traducción mía).

Más allá de la distinción posible entre los dos casos, en términos de territorialidad, los jueces italianos recogen el espíritu expresado en las opiniones de los jueces minoritarios. La protección de la soberanía de los Estados encuentra un límite en la protección de la humanidad.

Tales consideraciones permiten a la Corte, identificar una clara antinomia entre el principio de la inmunidad soberana y el principio fundamental de protección de valores esenciales para la comunidad internacional. Sin que utilice la expresión (sí utilizada por *Ferrini* en su demanda), resulta claro que la Corte se refiere a las normas que prohíben la comisión de crímenes de lesa humanidad como a normas de *ius cogens*, de rango superior; esto es, jerárquicamente superiores a las normas consuetudinarias internacionales. En caso de conflicto, por lo tanto, hay que dejar de aplicar la norma sobre inmunidad.

Hay que aclarar lo anterior distinguiendo claramente entre principios y reglas. Por un lado tenemos el principio de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, y la regla que prohíbe a los jueces ejercer su competencia cuando el Estado ha ejecutado actos *de iure imperii*.

En el plano de los principios, se identifica un principio claramente opuesto, que es la protección de las víctimas frente a la criminalidad de Estado. En el plano de las reglas, se identifica la regla que atribuye competencia a los jueces civiles para ordenar la reparación del daño, ocurrido en el territorio del Estado, causado por la comisión de crímenes de lesa humanidad. La insistencia sobre el territorio en el cual fue cometida la conducta genera ambigüedad, ya que no se sabe con precisión si la razón de la decisión fue la gravedad de la conducta criminal o está sumada al lugar en que fue ejecutada.⁶¹

La Corte pasa por alto que, en sentido estricto, una norma primaria (de conducta) no entra en conflicto con una norma secundaria (de competencia).⁶² En otras palabras, la prohibición de cometer ciertos crímenes puede tener carácter de *ius cogens*, y esto corresponde al derecho de no ser víctima de tales crímenes, pero no al derecho de la víctima de solicitar una reparación ante un juez nacional. Por otro lado, la inmunidad jurisdiccional del Estado corresponde a la incompetencia de los tribunales nacionales, y no a la ausencia del derecho fundamental de no ser víctima de ciertos crímenes.

Una reconstrucción posible del razonamiento de la Corte italiana⁶³ permite afirmar que del carácter de *ius cogens* de la prohibición de cometer crí-

⁶¹ Insiste sobre esta ambigüedad Bianchi, A., "Ferrini v Federal Republic of Germany", *American Journal of International Law*, 2005, p. 247.

⁶² Este fue el argumento invocado por la Corte Internacional de Justicia para concluir que Italia había violado sus obligaciones internacionales.

⁶³ Tal razonamiento es explícito en la opinión del juez Cançado Trindade en el caso *Alemania c. Italia*, *cit.*

menes de lesa humanidad se infiere el carácter de *ius cogens* de la garantía procesal; esto es, del derecho a obtener una reparación ante un tribunal nacional. Es este derecho a obtener una reparación el que entra en conflicto con la regla de la inmunidad. En la medida en que la regla de la inmunidad tiene carácter consuetudinario y el derecho a obtener reparación tiene carácter de *ius cogens*, la Corte resuelve el conflicto dando prioridad a la norma con mayor rango jerárquico; esto es, la norma de *ius cogens*.

Como resultado, no se declara la nulidad de la regla inferior, declaración de nulidad que por supuesto no puede hacer un tribunal nacional, sino que se reduce su ámbito de validez, y por lo tanto, en este caso, de aplicación, de la regla sobre inmunidad.

Resumiendo: la Corte no desconoce la existencia ni la validez de la norma consuetudinaria sobre inmunidad, sino que identifica una norma de *ius cogens* que protege un valor manifiestamente más importante que la soberanía de los Estados. Establece así lo que se conoce como una jerarquía axiológica entre valores, en particular entre los valores subyacentes a las respectivas normas.⁶⁴

Si retomamos las preguntas arriba formuladas, podemos señalar los puntos claramente oscuros. Digo “claramente” oscuros porque, en cierta medida, todas las preguntas reciben respuestas relativamente imprecisas, que dejan espacio a una legítima crítica. Hay que concentrarse sobre los elementos manifiestamente problemáticos.

3. Fuentes persistentes de confusión

La confusión que se desprende de la saga *Ferrini* afecta en primer lugar la identificación de las fuentes aplicables, pero también el carácter deóntico de las normas así identificadas.

A. Confusión acerca de la naturaleza y de la identificación de las fuentes

Tomemos en primer lugar a la norma que garantiza la protección jurisdiccional de las víctimas. Su naturaleza, a la luz del *caso Ferrini*, parecería ser la de una norma de *ius cogens*, pero no es muy claro cuál es el criterio que

⁶⁴ “Una jerarquía axiológica es una relación de valor entre normas, creada no por el propio derecho (como, por ejemplo, la jerarquía de las fuentes) sino por los intérpretes, por medio de un juicio de valor comparativo, expreso o tácito: «La norma N1 tiene más valor que la norma N2»”. Guastini, R., “Interpretación y construcción jurídica”, *Isonomía*, núm. 43, 2015, p. 33.

se usa para su identificación. Por cierto, las normas de *ius cogens*, definidas como normas generalmente aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional, se identifican a partir de una valoración, que tiene fuertes tintes morales: estas normas deben existir si no queremos sacrificar ciertos valores fundamentales de la comunidad internacional. La identificación de tales normas se distingue de la identificación de las normas consuetudinarias por no necesitar un sólido fundamento empírico; esto es, la prueba de una práctica. Su fuente es una voluntad ideal, la de la comunidad internacional, que sólo se expresa a través de los órganos encargados de identificar las normas pertenecientes al sistema jurídico internacional. La fuente material es un juicio de valor, el último análisis, del mismo juzgador que la aplica.

Esta conclusión es esencialmente la misma a la que habían llegado Kelsen y Kopelmanas, a propósito de costumbres y principios generales, respectivamente. La sospecha es que la naturaleza de las fuentes, si se trata de elegir entre costumbres, principios generales o *ius cogens*, se vuelve irrelevante, en términos de identificación de la norma, aunque siga quizá relevante en términos de jerarquía normativa.

Ello es confirmado por la forma en que la misma Corte di Cassazione se pronunció, algunos años después del *caso Ferrini*, sobre el mismo caso genérico. La evolución en su razonamiento es notable. Hay que recordar brevemente el razonamiento desarrollado en el caso antes mencionado, por lo menos en cuanto a la identificación de las normas aplicables. Por un lado, se identificó una costumbre internacional sobre inmunidad, por el otro, una norma de *ius cogens* sobre el derecho a reparación de los perjuicios causados por crímenes internacionales cometidos por Estados. Siendo esta última norma de rango superior, la solución fue la de descartar la aplicación de la primera.

Ahora bien, en el *caso Mantelli*, el razonamiento parece fundarse sobre la existencia, o no, de normas consuetudinarias. La Corte parece afirmar que no es tan cierto que exista la norma consuetudinaria que impone respetar la inmunidad de los Estados cuando se trate de actos que implican la comisión de crímenes de lesa humanidad, pero tampoco es cierto que tal costumbre, que sí existía, haya sido derogada. Tal duda se acompaña de la afirmación sobre la emergencia de otra norma consuetudinaria, que precisamente impondría no respetar la inmunidad. Sin embargo, también esta segunda costumbre es de dudosa existencia.

Vale la pena reconstruir tres etapas en el razonamiento de la Corte. En primer lugar, se afirma que no existe, actualmente, “una segura y explícita costumbre internacional en virtud de la cual el principio de la inmunidad del Estado de la jurisdicción civil por actos de *iure imperii*... pueda consi-

derarse derogado frente a actos de tal gravedad para ser calificados como «crímenes contra la humanidad». En segundo lugar, se afirma que los precedentes invocados por los demandantes “tampoco pueden, con la misma seguridad, considerarse como expresión de una costumbre de signo opuesto”. Pero, en tercer lugar —y refiriéndose a la opinión de la minoría en el caso *Al-Adsani*—, sugiere que “un principio limitativo de la inmunidad del Estado autor de crímenes contra la humanidad puede presumirse «en vía de formación»”.⁶⁵

Si quisiéramos formalizar, siendo p la proposición normativa que describe el deber, para los jueces, de no ejercer sus competencias en los casos de comisión de crímenes internacionales por parte de Estados, tendríamos las siguientes afirmaciones.

No es cierto que Op .

No es cierto que $O\neg p$.

Si se tratara de normas escritas, esta doble afirmación podría sorprender. Tratándose de normas consuetudinarias, el significado de las dos afirmaciones, tomadas conjuntamente, puede reducirse al siguiente: la práctica de los Estados y/o la *opinio iuris* no son lo bastante consolidadas, o porque no resulta claro cuál es la conducta regular o porque no resulta claro cuál es la actitud al respecto, o por cualquier combinación de ambos parámetros.

Sorprendentemente, la Corte, después de haber compartido sus dudas en cuanto a la existencia de las normas consuetudinarias, parece concluir que dichas normas —cuya existencia es dudosa— mágicamente coexisten: “el principio consuetudinario de la inmunidad jurisdiccional civil del Estado extranjero... coexiste, pues, en el ordenamiento internacional, con el otro paralelo principio, del mismo alcance general, en virtud del cual los crímenes internacionales «amenazan la humanidad y vulneran los fundamentos mismos de la coexistencia entre los pueblos»”.⁶⁶

Hay que interpretar las palabras que la Corte, ya que su letra no formula ningún principio, sino un estado de cosa que la “amenaza”. La referencia a dicha amenaza debe entenderse en términos de prohibición de lo que la representa, es decir, los crímenes internacionales. Más allá de tal formulación impropia, el siguiente paso es inevitablemente la constatación de una antinomia entre los principios.

Contrariamente al caso *Ferrini*, las normas en conflicto son ambas consuetudinarias, pero la razón invocada para resolver el conflicto es la misma:

⁶⁵ Sentencia *Mantelli*, *cit* (traducción mía).

⁶⁶ *Idem* (traducción mía).

“dando prevalencia a las normas de rango más elevado”, ya que “el respeto de los derechos inviolables de la persona ha asumido, incluso en el orden jurídico internacional, el papel de principio fundamental, por su contenido axiológico de meta-valor”.⁶⁷

Algunos lectores de la sentencia han visto en esta progresión argumentativa algo extraño, para no decir incorrecto.⁶⁸ Es cierto que afirmar que dos normas que quizá no existen puedan entrar en conflicto en un caso concreto, parece algo raro. Pero, otra vez, esta peculiaridad debe ser relativizada a la luz de dos consideraciones, ambas dependientes del desorden teórico y normativo que domina el derecho internacional. Más, precisamente, el desorden no opera solamente en el plano de las fuentes (¿cómo se definen, cómo se identifican?), sino también en un plano conceptual-normativo (¿qué es una norma?). Si una norma se constituye, por lo menos, por una conducta a la que se le imputa una consecuencia caracterizada deónticamente; es decir, como permitida, prohibida u obligatoria, resulta por lo menos sugerente destacar la confusión, o más bien el silencio, sobre el carácter deóntico de la norma aplicada por los tribunales italianos.

B. *¿Permitido, prohibido u obligatorio ejercer la jurisdicción?*

La regla sobre inmunidad puede ser interpretada como una prohibición (u obligación si se toma la conducta contraria; esto es, no inmunidad) o una permisión. Si se trata de una prohibición (de ejercer la competencia), entonces los jueces nacionales tienen la obligación de dejar sin respuestas las demandas dirigidas contra un Estado. Si se trata de una permisión (de no ejercer la competencia), entonces los jueces que ejercen una competencia respecto de un Estado y los que no, están actuando conforme a derecho. No sería el caso, por ejemplo, cuando un juez no ejerce su competencia obligatoria. La regla, en su versión permisiva, podría tener el sentido de dejar que el juez, dadas ciertas circunstancias, pueda decidir no ejercer su competencia, por ejemplo, para preservar las buenas relaciones entre dos Estados.

⁶⁷ *Idem* (traducción mía).

⁶⁸ Véase por lo menos Ciampi, A., “L’immunità de l’Etat responsable de crimes internationaux devant les juridictions italiennes”, *Annuaire français de droit international*, LIV, 2008, p. 53. Quien identifica una “laguna en la motivación al momento de pasar de la constatación de la inexistencia en el tiempo presente de una derogación a la inmunidad de los Estados en casos de crímenes contra la humanidad o de una regla de signo opuesto, a la afirmación que un principio de derecho consuetudinario que limita la inmunidad del Estado responsable de crímenes contra la humanidad está en vía de formación”.

Las reglas permisivas existen en el ámbito procesal; podemos pensar en la facultad de atracción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), ésta puede atraer un caso o no, sin que ambas decisiones tengan consecuencias jurídicas. Por cierto, cualquier versión permisiva de una regla de competencia deja la puerta abierta a usos arbitrarios.

Si analizamos ahora la regla que establece el derecho de las víctimas a la protección jurisdiccional, se ve claramente que este derecho sólo tiene sentido si le corresponde una obligación. La versión permisiva de la regla sobre inmunidad entra en conflicto con este derecho, porque deja la posibilidad al juez de no ejercer la competencia y, por lo tanto, dejar sin protección a las víctimas.

Tal conclusión, sin embargo, es incorrecta, porque sólo el conflicto existe si se añade a la norma sobreprotección, la especificación del juez al cual exigirla. Esto es, si el juez A se declara incompetente, esto no significa dejar sin protección a las víctimas, por lo menos en la medida en que exista el juez B, que se declare competente al respecto.

Uno de los argumentos, por así decir, pragmáticos de Alemania, fue precisamente esto, pues si las víctimas quieren una reparación, los tribunales alemanes están abiertos para atender sus pretensiones. Es aquí donde adquiere todo su sentido la palabra “efectiva”, que muy a menudo acompaña la afirmación del derecho a la protección jurisdiccional.

No es este el lugar para profundizar tales cuestiones, y me limitaré a insistir sobre lo siguiente: si el derecho a la protección jurisdiccional ante un juez nacional (en este sentido, efectiva) tiene carácter de *ius cogens*, entonces tiene el mismo carácter la obligación del juez de brindar dicha protección.

Tal interpretación hace que el conflicto con la regla sobre inmunidad sea total, es decir, no solamente con la versión prohibitiva, sino también con la versión permisiva, ya que el juez nacional tiene la obligación de ejercer su competencia sobre un Estado cuando éste sea presuntamente responsable de haber cometido crímenes internacionales.

IV. CONCLUSIÓN

Al momento de reflexionar sobre el razonamiento desarrollado por la corte italiana, en lugar de abundar en fáciles críticas, es necesario quizá dar un paso atrás y relativizar. La primera relativización tiene que ver con las fuentes del derecho internacional. Que sean costumbres o principios, esto es, dos fuentes formales del derecho internacional, o *ius cogens*, una fuente, por así decirlo, agregada, resulta claro que la identificación depende de un conjunto de factores que poco tienen que ver con la interpretación de textos norma-

tivos. La identificación, en los tres casos, depende de un factor empírico, la práctica de los Estados o el reconocimiento/aceptación (de hecho) por parte de los Estados (o de la comunidad internacional en su conjunto), y un factor claramente axiológico, la *opinio iuris* o el reconocimiento/aceptación por las “naciones civilizadas”.

Hay que precisar que el juez, *stricto sensu*, puede limitarse a constatar la existencia de un juicio de valor emitido por los participantes en la práctica que observa. Sin embargo, como lo han señalado desde los años treinta del siglo pasado agudos observadores del derecho internacional, como Kelsen y Kopelmanas, dada la imposibilidad práctica de tener un conocimiento suficiente de los juicios de valor, atomísticamente, expresados por cada participante, y holísticamente, que se desprenden de la suma de los juicios de valor atomísticamente considerados, la identificación de costumbres y principios generales depende, en último análisis, de la acción del juez que los aplica en un caso concreto. No sorprende que en la segunda decisión (en el *caso Mantelli*), la Corte termine afirmando que

al momento de reafirmar las conclusiones a las cuales ya habían llegado con su propio precedente [la decisión en el *caso Ferrini*], estas secciones unidas son conscientes de contribuir así al surgimiento de una regla constitutiva de la inmunidad del Estado extranjero... [y] que, de todas formas, como destacado también por la doctrina internacionalista más atenta al tema que nos interesa, sería por lo menos “incongruo” que la jurisdicción civil, que el orden internacional ya permite ejercer respecto del Estado extranjero en el caso de violaciones... de obligaciones contractuales, quede, en cambio, excluida frente a más graves violaciones, como son las que constituyen crímenes contra la humanidad, y que marcan también el punto de ruptura del ejercicio tolerable de la soberanía.⁶⁹

En estos dos párrafos existen todos los elementos destacados tanto por Kelsen como por Kopelmanas. Tal regla responde a una exigencia de congruencia, y está respaldada por la doctrina internacional, pero dado que ni la exigencia de congruencia ni la doctrina son como tal fuentes de derecho, lo único que queda es la decisión del juez de dar voz a tales elementos.

Ya sea que la fuente invocada sea una costumbre, como en el *caso Mantelli*, o un *ius cogens*, como, por lo menos implícitamente, en el *caso Ferrini*, se vuelve irrelevante. El caso del *ius cogens*, no es sino un capítulo más de la misma novela dedicada a la creación de derecho internacional por los jueces, con una diferencia, para utilizar una expresión empleada por la misma Corte di Cassazione, identificar una norma de *ius cogens* implica un juicio de

⁶⁹ Sentencia *Mantelli*, *cit* (traducción mía).

metavalor. Las normas de *ius cogens*, podría decirse, sólo se distinguen de los principios generales y de la costumbre por el hecho que son expresión de un juicio que las considera superiores en valor y, por lo tanto, en jerarquía (que es a la vez axiológica, por su origen, y formal, por sus efectos).

Este modelo de razonamiento, que llamo axiológico, apunta a una característica del sistema internacional, del cual el tribunal hace un uso contestable, pero, hay que precisar, que no puede ser sino contestable. Si introducimos en la regla de reconocimiento del sistema jurídico internacional un criterio que consiste, nada más y nada menos, en un juicio moral, y si además de las normas así identificadas hacemos el criterio último de validez, lo que resulta es una indeterminación total. Una situación en donde cada solución depende, en último análisis, de un juicio de valor.

Podría contestarse que siempre hay un espacio para la discrecionalidad judicial, y que ésta traduce ciertos juicios de valor. ¿Qué diríamos si un juez constitucional juzgara que el valor protegido por una norma legislativa es tan importante que debe prevalecer sobre un principio constitucional? Dicho de otra forma, una cosa es el planteamiento de una jerarquía axiológica en un contexto formalmente jerárquico, piramidal, en donde la mayoría de los conflictos se resuelven aplicando criterios no axiológicos, y solamente en algunos casos la solución depende de un juicio de valor, otra cosa es el mismo planteamiento en una situación en donde todas las normas están en el mismo nivel.

Volviendo ahora al razonamiento de la Corte cuando se afirma que existen dos normas consuetudinarias, y que las dos, suponiendo que existan, entran en conflicto, y que una, sin embargo, prevalece por tener más peso (dirían los adeptos de la ponderación) o más valor moral, está tomando un largo camino para decir lo mismo que se dijo en el *caso Ferrini*. Una de estas normas es *ius cogens*.

¿Cuál sería la ventaja de tomar este camino consuetudinario (en el doble sentido de consuetudinario como habitual, y consuetudinario por basarse en costumbres)? Probablemente, se trata de dos cosas. Por un lado, percibiendo el aspecto problemático de la invocación de una norma de *ius cogens*, de dudosa existencia, para desplazar una norma consuetudinaria de la cual, la misma corte no pone en duda la existencia, parece estratégicamente adecuado ponerse en el mero nivel de las normas consuetudinarias. Por decirlo metafóricamente, en lugar de destruir la costumbre sobre inmunidad con un rayo directamente emanado desde el cielo de las ideas, y de los metavalores, parece más efectivo excavar abajo de la costumbre, con la finalidad de desestabilizarla y hacerla caer con un simple empujón, un empujón dado por una norma de mismo nivel; es decir, otra costumbre.