

## ¿PUEDE LA COSTUMBRE DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO FUNGIR COMO UNA FUENTE DE DERECHO SUFICIENTE A LA HORA DE REGULAR LA JUSTICIABILIDAD DE LOS ACTOS IURE IMPERII?

### CAN PUBLIC INTERNATIONAL LAW CUSTOM SERVE AS A SUFFICIENT SOURCE OF LAW WHEN REGULATING THE JUSTICIABILITY OF ACTS IURE IMPERII?

**JULIO FRANCISCO VILLARREAL**

Universidad Continental (Huancayo, Perú) ORCID: [orcid.org/0000-0001-7158-1736](https://orcid.org/0000-0001-7158-1736)

Email: [jvillarreal@continental.edu.pe](mailto:jvillarreal@continental.edu.pe)

**OSCAR CUBAS BARRUETO**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú) / Universidad de San Martín de Porres (Lima, Perú) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7785-7940> Email:

[oscar@cubasb.com](mailto:oscar@cubasb.com)

#### RESUMEN

**Objetivos:** El presente artículo provee a acreditar que, a diferencia de lo que sostiene cierta vertiente doctrinaria, no puede entenderse a la costumbre de derecho internacional público como la fuente de derecho principal —y mucho menos exclusiva y excluyente— en virtud de la cual determinar la condición de ser o no justiciable un acto soberano ejecutado en el ejercicio de las competencias iure imperii.

**Metodología:** A tal fin, el presente trabajo apelará a un examen comparativo de diversos leading cases tanto de la jurisprudencia del derecho continental europeo como del common law, examinándose, en tal sentido, las relaciones entre las disposiciones del derecho interno y el derecho internacional público, especialmente las atinentes a las normas ius cogens.

**Resultados:** Los resultados indican que, incluso en aquellos sistemas jurídicos que adscriben al monismo, la propia costumbre debe ser interpretada de conformidad a principios de derecho público internos que, en cuanto tales, obstan a entender a tal costumbre como un criterio determinante o unívoco a la hora de aceptarse o excluirse



la mentada justiciabilidad del acto del soberano.

**Consideraciones:** Las consideraciones finales resaltan la complejidad de la relación entre derecho interno y derecho internacional público, enfatizando la necesidad de una interpretación cuidadosa de las normas que rigen la justiciabilidad de actos soberanos, a la luz de los principios del derecho público interno.

**Palabras clave:** inmunidad soberana de jurisdicción; principios de derecho público; normas ius cogens; common law; derecho continental europeo.

## ABSTRACT

**Objectives:** *This article aims to demonstrate that, contrary to what certain doctrinal perspectives hold, customary international law cannot be understood as the principal source of law — much less an exclusive and exclusionary one — by which to determine whether a sovereign act executed in the exercise of its iure imperii competencies is justiciable.*

**Methodology:** *To this end, the present work will appeal to a comparative examination of various leading cases from both continental European law and common law jurisprudence, focusing on the relationships between domestic law provisions and public international law, particularly regarding ius cogens norms.*

**Results:** *The results indicate that, even in legal systems that adhere to monism, custom must be interpreted in accordance with principles of internal public law which, as such, prevent understanding such custom as a determining or unequivocal criterion when accepting or excluding the justiciability of a sovereign act.*

**Considerations:** *The final considerations emphasize the complexity of the relationship between domestic law and public international law, highlighting the need for a careful interpretation of the norms governing the justiciability of sovereign acts, in light of the principles of internal public law.*

**Keywords:** *sovereign immunity from jurisdiction; public law principles; jus cogens rules; common law; European continental law.*

## 1 INTRODUCCIÓN

Ciertamente no puede predicarse que la doctrina relativa a los alcances y limitaciones del principio de inmunidad de jurisdicción soberana de derecho internacional público consuetudinario suponga ser una materia pacífica. Tal y como se referirá en el presente trabajo, un tal principio fue ponderado e interpretado de modo especialmente diverso por parte de distintas jurisdicciones nacionales, condición que se hace particularmente patente al contrastarse el parecer de los



magistrados del derecho continental con los del *common law*.

Tal dispersión exegética y, por sobre toda ulterior consideración, el *iter* jurisprudencial sobre el cual la misma se constituyera, ha sido, ciertamente, objeto de consistente estudio por parte de la doctrina especializada. En este sentido, el presente artículo sostendrá, en tanto hipótesis, que esta última ha entendido, equivocadamente, a la costumbre de derecho internacional público como el principal criterio de examen de los alcances de la mentada inmunidad de jurisdicción soberana. En el punto debe referirse que si bien tal instituto de derecho internacional público supone ser un relevante fundamento en virtud de los cuales puede concederse o denegarse tal inmunidad, el mismo no supone ser la razón o causa única o monolítica en virtud del cual pueda explicarse el fundamento normativo de las decisiones pretorianas relativas a imposibilidad de juzgar los actos de gobierno.

En este orden de ideas, el presente trabajo proveerá a demostrar que, por sobre los alcances y dictados de tal fuente de derecho, incluso en aquellos sistemas jurídicos del *common law* serán las propias disposiciones de derecho interno aquellas que, de modo definitivo, habilitarán o restringirán los alcances del ejercicio de tal jurisdicción. Subsidiariamente y en función de un ejercicio de revisión jurisprudencial tanto de los *dicta* de tribunales nacionales como internacionales, este artículo intentará acreditar que los propios criterios hermenéuticos a los que los foros de referencia suelen apelar desnaturalizarían el propio contenido prescriptivo de tal costumbre como fuente de derecho a los efectos de la revisión pretoriana de la inmunidad soberana, por lo que sería inexacto o equivocado argüir que esta última es susceptible, por sus propios términos, de determinar los alcances de tales decisiones.

## 2 DESARROLLO

La bicéfala personalidad del Estado, susceptible de desempeñar funciones tanto relativas a su condición soberana (“*acta iure imperii*”) como de sujeto privado (“*acta iure gestionis*”), ha dado lugar a toda suerte de debates filiados en la posibilidad de extender un control jurisdiccional respecto a tales actos, debates que fueron proporcionales a los propios intereses que tales actos supusieran plasmar. En efecto, la determinación de encontrarse comprendidos estos últimos en una u otra categoría no solo supone comulgar con una concepción más extendida o acotada de las



funciones públicas susceptibles de ser llevadas a cabo por el Estado, sino que también permite definir los propios presupuestos de determinación de jurisdicción en virtud de los cuales puede debatirse en torno a la legitimidad de los mismos.

A su vez, y tal y como sostuviera otrora Kunoy (2006), la posibilidad de abrazar una tesis más o menos amplia respecto a la justiciabilidad de los actos del Estado dependería, fundamentalmente para los sistemas del *common law*, del análisis de las relaciones de subordinación o coordinación entre el derecho local o municipal y el derecho internacional público (p. 291). Tal lectura se aparta de aquella sostenida por cierta vertiente de la doctrina, merced a la cual los propios presupuestos o condicionantes del ejercicio de jurisdicción sobre tales actos no dependerían de un criterio determinado respecto a cómo tipificar al mismo, sino que se explicarían, en definitiva, merced al examen de los alcances de las potestades del sujeto llamado a realizarlo: el Estado. En efecto, sostenía desde antaño Anzilotti (1928) que la determinación de que un tal acto fuese comprendido en alguna de las mentadas categorías (“*acta iure imperii*” o “*acta iure gestionis*”) no dependía de la mayor o menor laxitud respecto a cómo entender a estas últimas, sino, preliminarmente, de cómo se bosquejara la propia naturaleza del Estado: ciertamente un “Estado mínimo” dudosamente podría realizar funciones comerciales de derecho privado (p. 307).

Concurren, tal y como se referirá, dos universos de consideraciones que explican la eventual justiciabilidad de un acto denominado como “*iure imperii*”. En primer lugar, aquellas relativas a la naturaleza de este último y, en todo caso, de la laxitud de las competencias que se le extiendan al Estado a los efectos de dar nacimiento al mismo (lo cual en definitiva no supone ser sino una refracción de la primera consideración, desde que es en virtud de las mentadas competencias que se emite un tal acto “*iure imperii*”). En segundo lugar, aquellas filiadas en el estricto dominio jurisdiccional. Puntualmente, la eventual autolimitación de los magistrados, relativa esta última a evitar afectarse el universo del ejercicio de aquellas competencias material y orgánicamente ejecutivas (verbigracia, la administración de las relaciones exteriores de un estado dado) o legislativas (verbigracia, la oportunidad, mérito o conveniencia del contenido de una ley). Tal y como se acreditará en lo sucesivo, en ambos estratos de análisis la costumbre de derecho internacional público puede incidir a los efectos de permitir o vedar la condición de ser -o no- justiciable por un tribunal local dado un acto soberano. Sin embargo, de ello no se sigue que la misma revista la suficiente entidad como para ser comprendida como un criterio o



presupuesto de análisis eminentemente totalizante de los fundamentos que subyacen a una decisión pretoriana en uno u otro sentido, tal y como ha sostenido una vertiente doctrinaria. Al examen de tal consideración se abocará la siguiente sección.

## 2.1 UN NECESARIO PRELUDIO: SOBRE LA AUTOLIMITACIÓN JURISDICCIONAL FRENTE A LOS ACTOS IURE IMPERII DE TERCEROS ESTADOS.

Tal y como se sostuviera precedentemente, el apelarse a la costumbre como presupuesto para habilitar la jurisdicción del examen de legitimidad de ciertos actos soberanos supone la elección de una fuente para tal adjudicación judicial entre una considerable pléyade de posibilidades. Ahora bien: el problema aquí radicaría en el hecho de que la invocación de tal costumbre como fundamento último de habilitación de tal jurisdicción vedaría la inteligibilidad y posterior estudio de terceras consideraciones normativas que pueden tornar a la articulación de esta última como criterio rector de un decisorio de tal naturaleza en accesoria.

A los efectos de discutirse tal tesis, el presente trabajo comenzará a examinar una cuestión preliminar: la relativa a la autolimitación jurisdiccional en virtud de la cual se vedaría, *ab initio*, todo eventual debate relativo a la condición de ser justiciable un acto de un soberano extranjero celebrado en el ejercicio de sus competencias de derecho público. En este sentido, bien entendida la división de poderes y merced al hecho de que se asumiera que el someter a un foro extraño a un soberano podría importar la emergencia de diferendos entre el Estado titular de tal jurisdicción y aquel llamado a ser objeto de la misma, debe comenzarse refiriéndose que los pronunciamientos judiciales en los EE.UU. fueron desde antaño cautelosos en lo relativo a eventualmente afectarse la administración de una función que se entendía privativa de tal tercer soberano. En efecto, en el caso “Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino”, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que los tribunales locales (“municipal courts”) se encontraban sometidos a la manda constitucional de evitar la emergencia de efectos negativos en la administración de las relaciones internacionales de los Estados Unidos:

Sin embargo, la doctrina del acto de Estado tiene fundamentos “constitucionales”. Surge de las relaciones básicas entre los poderes del Estado en un sistema de separación de poderes. Tal doctrina refiere a la competencia de instituciones distintas para tomar y aplicar determinados tipos de decisiones en el ámbito de las relaciones internacionales. La doctrina, tal



y como se ha formulado en decisiones anteriores, expresa el firme convencimiento del Poder Judicial de que su participación en la tarea de pronunciarse sobre la validez de los actos de Estado extranjeros puede obstaculizar, en lugar de favorecer, la consecución de los objetivos de este país, tanto para sí mismo como para la comunidad de naciones en su conjunto, en la esfera internacional.

En un tal sentido, forzoso es referir la concurrencia de una doble limitación y subordinación: del derecho local al derecho federal en función de la prescripción constitucional de división de poderes (principio en virtud del cual la magistratura estadounidense ejerce una autotutela limitativa a los efectos de evitar afectar una competencia del Poder Ejecutivo) y, por medio de tal limitación de derecho público interno estadounidense (tal consideración, se verá luego, resulta ser de vital importancia), del derecho local al derecho internacional público. Esta segunda limitación supone, de ser interpretada en tal sentido, la posibilidad que se produzca la recepción normativa del principio consuetudinario de no justiciabilidad de los actos *iure imperii* del soberano extranjero en el propio derecho municipal estadounidense<sup>1</sup>. Huelga referir que la mentada doctrina no ha sido únicamente receptada en la práctica pretoriana. Por el contrario, el debate y mutuo influjo entre los presupuestos de derecho local e internacional público consuetudinario ha sido recogido por preceptos legislativos de la relevancia de la Foreign Sovereign Immunity Act (“FSIA” en lo sucesivo), según la cual

(...) la inmunidad soberana es una doctrina de derecho internacional merced a la cual, en los casos apropiados, los tribunales domésticos han de renunciar a su jurisdicción sobre un tercer Estado (...) Virtualmente en todos los países (...) la inmunidad de jurisdicción es una materia de derecho internacional a ser determinada por los tribunales (...) La premisa central [de la FSIA<sup>2</sup>] radica en el hecho de que las decisiones respecto a [la admisibilidad] de las defensas de los Estados soberanos respecto a su inmunidad de jurisdicción son susceptibles de ser mejor decididas por un órgano jurisdiccional que incorpore estándares reconocidos bajo el derecho internacional<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> (...) las decisiones [judiciales] en virtud de las cuales se concede reconocimiento al efecto de los actos legislativos foráneos sobre bienes situados dentro del propio territorio del Estado legisferante al tiempo de la ejecución de tal acto legislativo pueden ser entendidas como basadas en el principio jurídico del conflicto de normas (...). Tal principio puede ser legítimamente visto como una reflexión, en el nivel local, del principio de la soberanía territorial del derecho internacional “Comment: International Law, Conflict Law and Sabbatino”, en *Miami L. Rev.*, University of Miami, 19, 216, p. 223-24

<sup>2</sup> Nótese, en el punto, que es la propia FSIA la que dispone el mandato legislativo de recogerse la doctrina de derecho internacional público consuetudinario. En virtud de tal consideración deviene en erróneo sostener que es la propia costumbre la que genera o provee a la recepción de esta por parte del ordenamiento interno estadounidense. Tal consideración debe ser especialmente ponderada por el lector, ya que más adelante revelará su utilidad.

<sup>3</sup> United States Code Congressional and Administrative News, 8, 6606, 1976.





Llegados a este punto, deviene en metodológicamente necesario hacer una disquisición sobre la que se debatiera previamente: como se refiriera, del hecho de que la costumbre de derecho internacional público provea argumentos susceptibles de ser invocados a los efectos de conceder (o eventualmente denegar) la mentada prórroga de inmunidad soberana no se sigue que los mismos sean los únicamente susceptibles de ser invocados a un tal fin. Sin embargo, cierta doctrina le ha conferido, desde antaño, una relevancia exorbitantemente mayor a la que le correspondería a la propia costumbre en lo relativo a la concesión o retracción de la mentada inmunidad soberana. Tómese, por caso, a Damrosch (2011), según el cual

Ignorar el derecho internacional relativo a la inmunidad soberana en las decisiones judiciales nacionales importa privar a tales decisiones de sus propios fundamentos de derecho, así como también cercenar la posibilidad de que los tribunales domésticos contribuyan al desarrollo de la costumbre que constituye propiamente el derecho internacional público (p. 1187)

Ciertamente, la costumbre de derecho internacional público permite determinar en qué supuestos corresponde, por parte de los foros nacionales, conocer en un caso de inmunidad de jurisdicción soberana, pero de ello no se sigue que la retracción de una tal fuente de derecho prive a tal ejercicio de todo sustento normativo. Aún más: en definitiva, la recepción de la costumbre por el mentado foro requiere, forzosamente, de un acto de reconocimiento normativo de este último puesto que, al decir de Haljan (2012), “(...) el derecho internacional no puede arrogarse autoridad prescriptiva alguna en un ordenamiento jurídico local sino mediante la recepción constitucional del mismo en la legislación nacional” (p. 82).

La referencia a la tesis de Haljan no resulta ser, evidentemente, circunstancial o azarosa: la mentada da cuenta del hecho de que, independientemente de los términos que la costumbre internacional disponga con respecto a la inmunidad de jurisdicción soberana, son los propios sistemas jurídicos nacionales aquellos que, en última instancia, permiten hacer uso de las doctrinas que tal costumbre invoca. Tal consideración deviene en particularmente sugerente en la medida de que se tengan presentes las tesis de Damrosch, ya presentadas. Esta última, al predicar que “Ignorar el derecho internacional relativo a la inmunidad soberana en las decisiones judiciales nacionales importa privar a tales decisiones de sus fundamentos de derecho” adscribe a un parecer que, en cuanto tal, concede exorbitante relevancia a tal fuente normativa

en la adjudicación judicial de tal materia.

Llegados a este punto, una necesaria recapitulación respecto a qué y cómo entender a la costumbre de derecho internacional público deviene metodológicamente necesaria. En tal sentido, debe recordarse que, tal y como suscribiera la Corte Internacional de Justicia en el caso “Plataforma del Mar del Norte”, la costumbre debe, por su propia naturaleza, poseer, “para todos aquellos Estados llamados a aplicarla”, la misma fuerza obligatoria en lo relativo a, tal y como refiere el propio Estatuto de tal tribunal (art. 38) la “prueba de una práctica generalmente aceptada [por estos últimos] como derecho”. Existe un extendido consenso respecto al hecho de que el término “generalmente” excluye, por su propia condición, la necesidad de entender como “universal” a tal costumbre<sup>4</sup>: basta, en el punto, que un número significativo de Estados la reconozca como tal.

En el propio *iter* jurisdiccional estadounidense, tal tesis fue reconocida desde antaño por un sinnúmero de precedentes. En efecto, en casos tan relevantes como “Schooner Exchange” se predicaría la existencia de una relación de causalidad entre los términos de una tal “generalidad” y el hecho de que “(...) el mundo se encuentra integrado por distintas soberanías, poseyendo las mismas iguales derechos y autonomía, [lo que explica que el] mutuo beneficio [de estas últimas] se vea promovido por el trato recíproco entre éstas”. En lo atinente a la materia en este trabajo *sub examine*, tal mutuo reconocimiento explicaría el hecho de que si bien podría sostenerse, en abstracto que “La jurisdicción de una nación dentro de su propio territorio resulte ser necesariamente exclusiva y absoluta [desde que] No es susceptible de limitación alguna” (The Schooner Exchange v. McFaddon, 11 U.S. 116,1812), de todos modos, “los soberanos pueden consentir una atenuación de tal principio de jurisdicción y soberanía plena en algunos casos bajo circunstancias particulares” (1812).

Subyace a tal recíproca transacción la posibilidad de que un determinado Estado se vea llamado a renunciar parcialmente a su inmunidad de jurisdicción en la

<sup>4</sup> La condición de práctica “general” refiere a un número de Estados que han de contribuir, activa o pasivamente, en lo relativo a la conformación de la norma consuetudinaria, lo cual supone la introducción de una dimensión cuantitativa respecto a la constatación de la norma consuetudinaria. El término “general” indica que una práctica común extendida entre los Estados es requerida. En tanto que [la constatación] de una práctica universal no es necesaria, tal práctica debe ser “representativa” al menos de los principales sistemas políticos y socio-económicos. Más allá de tal formulación, el criterio de práctica “general” deviene en sensiblemente relativo y depende de un número de consideraciones (Villiger, 1985, 17)





medida de que un tercero otro, en función de un criterio de estricta correspondencia, haga lo propio, desde que “(...) la proposición relativa a que un Estado posee plena soberanía dentro de su territorio debe de tener, como necesaria implicancia, la norma de que ninguno otro puede afectar la soberanía del primero sin su consentimiento” (Sornarajah, 2010, 155)

Ahora bien: en la medida de que (i) la emergencia de la costumbre como fuente de derecho internacional público pueda explicarse, como tal, cual un

(...) proceso predominantemente espontáneo, el cual importa (...) por medio de acciones de Estados repetidas, munidas de una opinio iuris, el nacimiento de un pequeño número de normas consuetudinarias [...cuyo] contenido no puede ser muy preciso, siendo que el momento de la creación de éstas nunca es certero desde que las mismas tienen un significado lo suficientemente amplio como para permitir las necesarias excepciones (Degan, 1997, 27),

y (ii) en tanto el propio concepto de inmunidad soberana encontrara, como ya se refiriera, en las decisiones jurisdiccionales municipales de los Estados Unidos<sup>5</sup> su principal antecedente<sup>6</sup>, el cual posteriormente sería adoptado merced al ya mentado recíproco reconocimiento por una extensa multiplicidad<sup>7</sup> de Estados<sup>8</sup>, no devendría en irrazonable sostener el origen de tal principio en el derecho internacional consuetudinario<sup>9</sup> (Jessup, 1946, 29).

<sup>5</sup> El hecho de que la sentencia de referencia se haya constituido, en cierto sentido, como un *leading case* en la materia no obsta, en efecto, a la preexistencia de casos notablemente más antiguos. En el caso Blas, de 1673, Lord Nottingham ordenaría cesar un procedimiento judicial en contra de un ciudadano danés que habría incautado ciertos bienes de un súbdito británico desde que el último habría violado una serie de derechos que le fueran concedidas al primero por parte del Rey de Dinamarca. A tal fin, Lord Chancellor expresaría que “(...) que el tribunal se aboque a juzgar la validez de los derechos concedidos por el Rey de Dinamarca en tal país (...) es monstruoso y absurdo...”

Caso Blas (1673), (Zander, 1959, 828)

<sup>6</sup> Recuérdese, verbigracia, el ya mentado caso *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 116 (1812)

<sup>7</sup> Ello al margen de la propia interpretación que se le otorgara más tarde por parte de cada uno de éstos al mentado.

<sup>8</sup> La mentada inmunidad de jurisdicción soberana tendría refracción, incluso, en los propios Estados de la órbita socialista soviética, tal y como ilustra Danilenko (1988):

(...) la Constitución de Austria [de 1929] consigna que “las normas generalmente reconocidas de derecho internacional son válidas cual parte integrante del propio derecho federal austríaco”. La Constitución de la República Democrática Alemana establece que “las normas generalmente reconocidas de derecho internacional que proveen a la paz y a la cooperación internacional son obligatorias respecto al Estado y a cada ciudadano” (p. 15)

<sup>9</sup> Si bien deviene en difícil sino metodológicamente impracticable establecer cronológicamente la génesis de la doctrina del principio de inmunidad soberana entendida como un principio de derecho consuetudinario (ello con prescindencia de las propias interpretaciones pretorianas respecto a un tal principio), Bradley (2015) sostiene que una tal condición era predicable, incluso, ya a comienzos del siglo XIX: Luego de que la Constitución [de los Estados Unidos] entrara en efecto, los tribunales y los funcionarios públicos hacían usualmente referencia al *ius gentium* como parte del propio derecho de los Estados Unidos. En casos criminales relativos a una aludida violación de la ley de neutralidad a lo largo de las postrimerías del siglo XVIII, por ejemplo, los jueces sostuvieron que tal *ius gentium*



Ahora bien, dada la laxitud hermenéutica con la que puede ser interpretado tal aparente principio consuetudinario por cada una de las jurisdicciones locales -tal y como se acreditará en lo sucesivo- bien podría señalarse que la construcción de un núcleo normativo inteligiblemente pacífico relativo a cómo entender tal costumbre excedería los propios alcances -ya inherentemente indeterminados- de aquello dado en llamar por Degan como las “necesarias excepciones”.

Se presentará, en el punto, una aparente paradoja: dada la ostensible falta de un criterio unívoco -tal y como se explicará en lo sucesivo- que numerosas jurisdicciones han exteriorizado a la hora de evaluar tanto la concurrencia de la inmunidad de jurisdicción para los actos soberanos iure imperii como la propia pertenencia de un acto determinado a tal categoría, *¿Cuál es el sentido de invocar la categoría normativa de la inmunidad de jurisdicción de un Estado para un tal conjunto de actos como producto del recurso a una norma de derecho internacional público consuetudinario si, en definitiva, en el seno de cada uno de los sistemas jurídicos que reconocen como una fuente de derecho a la misma podrían practicarse disímiles -e incluso diametralmente opuestas- exégesis respecto a un tal concepto?* Es justamente aquí donde se tornan en evidentes las limitaciones y equívocos heurísticos en los que la mentada doctrina incurre al presentar al derecho internacional público consuetudinario como el único o totalizante fundamento normativo de las decisiones de los foros locales, desde que, a la luz de las mentadas diferencias hermenéuticas, una tal fuente normativa forzosamente debe de ser complementada por los propios criterios de ponderación jurídica de cada una de las jurisdicciones locales.

## 2.2 DEBATE DERECHO INTERNO-COSTUMBRE

En función de lo hasta aquí suscripto, puede comenzarse sosteniéndose, a modo de síntesis, que si bien la costumbre, como fuente de derecho podría integrarse a terceras otras a la hora de poder determinar la justiciabilidad de un acto “iure imperii”, tal incorporación no se desarrollaría bajo los mismos términos en cada uno de los

---

“constituía parte de las normas de los Estados Unidos” o “parte del derecho de la Nación”. Concurrientemente, en una decisión concerniente a la confiscación de bienes de un navío capturado por corsarios de los Estados Unidos durante la guerra [anglo-estadounidense] de 1812, la Corte Suprema suscribiría que, en ausencia de una norma federal en contrario, sus decisiones se encontrarían “sujetas por la norma de las naciones, la cual es parte del derecho nacional” (p. 144)



diversos sistemas jurídicos nacionales. Ello merced al hecho de que en la medida de que concurra un proceso hermenéutico por parte de cada foro local a los efectos de incorporar a una decisión jurisdiccional interna la costumbre de derecho internacional público relativa a la inmunidad de los actos “iure imperii”, los alcances de esta última podrían verse ostensiblemente condicionados<sup>10</sup> por la exégesis de cada uno de sus intérpretes. Tal circunstancia podría dar lugar a soluciones en diversos foros diametralmente opuestas a partir de una aparentemente misma y única doctrina. Tal y como se explicara precedentemente, es en virtud de tal consideración que deviene en manifiestamente inexacto sostener, tal y como lo ha hecho una considerable vertiente doctrinaria (Keitner, 2022; Wuerth, 2012, p. 733; Nagan & Root 2012), que la costumbre de derecho internacional público supondría ser el único y más constante y unívoco fundamento normativo en las decisiones jurisdiccionales relativas a una tal materia.

En efecto, y como prueba de un tal equívoco doctrinario, bien podría apelarse al variopinto -y en muchos casos, contradictorio- conjunto de interpretaciones pretorianas que con relación al mentado instituto en el pasado se practicaran. Tal premisa supone ser una razón por demás suficiente a la hora de cuestionar el recurso a una tal costumbre por los propios foros nacionales como único recurso normativo a los fines de resolver tal materia. Sin embargo, en el punto debe, de todos modos, hacerse una consideración: *a contrario sensu* de lo que podría pensarse, la dispersión exegética a la hora de interpretar tal costumbre, paradójicamente, podría constituirse como una de las principales razones que explicasen la utilidad jurídica de tal instituto. Ello desde que, en definitiva, una relevante pluralidad de ordenamientos nacionales condiciona el propio recurso de las normas de derecho internacional público consuetudinario a la observancia de sus propias disposiciones de derecho público interno<sup>11</sup>. Evidentemente, devendría en contrario a toda posibilidad de que las

<sup>10</sup> En efecto, no debe ignorarse “la posibilidad de que los tribunales domésticos contribuyan al desarrollo de la costumbre que constituye propiamente el derecho internacional público” (Damrosch, 2011, p. 1187)

<sup>11</sup> En la tradición legal del Reino Unido, ya desde 1876, en el caso “The Queen v. Key” (2 Ex D 63, p. 202–203) se estableció que el derecho internacional público de fuente consuetudinaria (“doctrina de la incorporación”) sería parte del propio derecho nacional sajón en la medida de que el primero fuese reconocido como tal por medio de los precedentes pretorianos o por la propia legislación nacional (Abass, 2012, p. 319). Tal doctrina se mantiene vigente, habiendo sido citada en el célebre caso Jones ([2006] UKHL 16; [2007] I AC 136, 160) por Lord Bingham a los efectos de recordar la primacía constitucional del sistema anglosajón sobre cualquier norma de derecho internacional público consuetudinario. Es en función de una tal primacía que una norma consuetudinaria puede eventualmente incorporarse a un tal derecho, en la medida de que tal incorporación no suponga cercenar, al menos en principio, la división de poderes y la autoridad de los actos parlamentarios. (O’



jurisdicciones locales hicieran uso de la doctrina de tal costumbre en sus decisorios el que esta última no respetase los fundamentos de los propios sistemas nacionales; premisa que, en cuanto tal, resultaría forzoso cumplir a la luz de las disposiciones de las

(...) constituciones monistas que tienden a la prevalencia del derecho internacional como la holandesa [, las] constituciones monistas que favorecen cierta prevalencia del derecho nacional, como la argentina [y de aquellos] ordenamientos de marcado talante dualista (...) que exigen la transformación del derecho internacional en derecho nacional, así es el ordenamiento inglés, por ejemplo. (Acosta Alvarado, 2016, pp. 21-22).

Sin embargo, podría cuestionarse un tal argumento: si el costo de oportunidad normativo del recurso a la costumbre de derecho internacional público en el propio derecho local supusiera ser la desnaturalización del contenido de tal fuente de derecho en función de un conjunto de variopintas interpretaciones, no podría sino concluirse que el presupuesto para la validez de esta última sería aceptar, en el seno de las jurisdicciones locales, su propia desnaturalización. Un caso por demás extremo de una tal dispersión exegética por parte de un foro determinado (dispersión que daría lugar a la erosión de todo contenido normativo como presupuesto para la incorporación de una doctrina de derecho internacional público consuetudinario al ordenamiento interno) se manifestaría en la sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania en el célebre caso “Imperio de Irán”. En esta última se suscribiría que *preexistía, a una tipificación respecto a qué entender por un acto “iure imperii”, de*

---

Keefe, 2009, p. 45)

En el caso de los Estados Unidos, desde antaño su Corte Suprema ha explicado en una copiosa doctrina los términos de la incorporación de los preceptos de derecho internacional público consuetudinario al derecho local: tal incorporación se daría únicamente en la medida de que los primeros cumplieran con las disposiciones internas de estos últimos. En efecto, el Justice Bradley establecería de modo definitivo y categórico, una tal doctrina: (...) el derecho marítimo es válido como derecho en cualquier Estado en la medida de que el mismo sea adoptado por las leyes y los usos de tal Estado. En este sentido, es similar al Derecho Internacional Público (...) el cual tiene como característica distintiva el no poseer efecto alguno sobre los ordenamientos nacionales en la medida de que sea receptado y aceptado por éstos como tal (...) Cada Estado adopta el Derecho marítimo, no como un cuerpo normativo usufructuario de una validez autónoma o inherente, *proprio vigore*, sino como su propia ley, con las modificaciones y calificaciones que entienda le corresponden (caso “The Lottawanna”, 88 U.S. 21 Wall. 558 558, 1874)

Huelga referir que tal doctrina sería reafirmada, en términos incluso más preclaros (pero en un caso que no adquiriría la notoriedad del precedente) años después:

El derecho internacional tiene fuerza de derecho en nuestras cortes en la medida de que sea adoptado y utilizado como tal por los Estados Unidos (...) siendo que el mismo puede ser modificado en la medida de que el gobierno lo entienda conveniente. Naturalmente que el gobierno no intentará modificar tal derecho internacional en aquellos casos en los cuales tal proceder afecte terceras naciones, excepto en la medida de que concurren estipulaciones convencionales con las mismas (voto del mentado Justice Bradley, en *N.Y. Life Ins. Co. v. Hendren*, 92 U.S. 296, 287-88)



conformidad con la propia costumbre del derecho internacional público, un núcleo de supuestos respecto a los cuales tal calificación consuetudinaria<sup>12</sup> resultaba insusceptible de serle opuesta a los propios principios de derecho público germano<sup>13</sup>.

En este sentido, el Tribunal Constitucional adscribiría a una noción esencialista en materia conceptualista *al prescribir que el tipificar un acto jurídico como ejecutado por el Estado en su condición de sujeto de derecho público (acto “iure imperii”) vedaría toda lectura contraria por parte del derecho internacional público de fuente consuetudinaria*. En efecto Ney (2015) sostendría que la mentada sentencia estipularía una

(...) distinción entre actos iure imperii e iure gestionis, resaltándose que la característica esencial de tal categorización radicaba en el hecho de si el Estado había actuado, o no, en el ejercicio de su autoridad soberana. Tal Tribunal suscribió que, a la luz de su interpretación, la norma general (...) conforme la cual se otorgaba inmunidad de jurisdicción nacional a Estados soberanos foráneos en función de sus actividades soberanas no se vería vaciada de contenido o perdería su carácter (...) en función de una distinción entre actos iure imperii e iure gestionis (p. 36).

Ahora bien: en ciertos casos podría tal condicionamiento normativo invertirse. En efecto, a la luz de la posibilidad de que se socave el valor prescriptivo de una fuente del derecho internacional público consuetudinario por parte del derecho local, bajo determinados supuestos -en sentido favorable a aquello que sostuviesen otrora doctrinarios como Damrosch- podría el primero de estos estipular restricciones en lo relativo a los alcances de la exegesis susceptible de practicarse por parte del último. Un tal proceder podría, por lo tanto, no tornar en ilusoria tal costumbre como presupuesto regulativo de ciertas acciones del soberano en la medida de que pueda negarse, a partir de las propias disposiciones de derecho interno adoptadas por un determinado foro local, la condición de ser las mismas insusceptibles de ser revisadas jurisdiccionalmente (extremo que tuviera lugar en una pluralidad de supuestos, tal y como se referirá en lo sucesivo).

De tal modo, la mentada circunstancia revestiría una condición de excepcionalidad: la costumbre desplazaría las propias categorías jurídicas de derecho interno al establecer, para un reducidísimo número de actos, la condición de ser estos

<sup>12</sup> En el caso, nominar como actos “iure gestionis” actos que eran entendidos como consuetudinariamente “iure imperii”.

<sup>13</sup> *Reclamo de Alemania v. Imperio de Irán*, Tribunal Constitucional de Alemania (1963), en *International Law Reports*, vol. 45, 1972, p. 57-82





últimos incondicionalmente justiciables incluso de predicarse la pertinencia de los mismos a la clase “iure imperii” (vale decir, haber sido celebrados los mismos por el soberano como persona de derecho público). En efecto, en el caso “Prefectura de Voiotia v. República Federal de Alemania” la Corte de Casación de Grecia (2000) sostendría que el derecho internacional provee, incluso, una excepción respecto

(...) al principio de inmunidad soberana [en virtud del cual] los tribunales nacionales podrían ejercer jurisdicción respecto a demandas relativas a daños causados en ocasión de crímenes en contra de las personas o de bienes situados en el territorio del Estado del foro por órganos de un Estado extranjero presente en tal territorio al momento de la comisión de tales crímenes, incluso si los mismos resultaran de actos soberanos (acta iure imperii) (p. 519).

Tal precedente deja subsistente, en el punto, una aparente indeterminación respecto a cómo ha de ser concebido o estudiado el alcance de la mentada doctrina de derecho internacional público consuetudinario, tal y como es interpretada por los foros locales. Ciertamente, deviene en incuestionable la preexistencia y oponibilidad, al parecer del dictado de una jurisdicción local, de un reducido número de actos que - con prescindencia de haber sido cometidos por un determinado Estado en virtud de su condición de persona de derecho público- no podrían ser pasibles de exención o privilegio jurisdiccional alguno.

Sin embargo, y a los efectos de preservar el propio margen de excepcionalidad favorable a tesis como las mentadas, el definir un núcleo de presupuestos normativos en virtud de los cuales no concurre tal prebenda jurisdiccional no pareciera, en principio, ser una solución hermenéuticamente sencilla. Ello merced al hecho de que, para una pluralidad de casos no solo no existe un acuerdo omnicomprendivo respecto a los propios alcances de tal núcleo normativo, sino que, con prescindencia de cualquier consideración relativa al contenido de este último, la integración jurídico-semántica de este queda relegada a las prescripciones de cada uno de los intérpretes de los disímiles sistemas jurídicos llamados a tal tarea. Tómese, por caso, la manifiesta ambigüedad e inconsistencia con la cual diversas jurisdicciones han fallado en torno a la inmunidad de juzgamiento de los actos de diversos oficiales (en la medida de que se entendiera que estos últimos fueron realizados por el propio Estado, teoría del órgano de por medio, en ejercicio de una función de derecho público).





En efecto, en el caso “Honecker”, en el cual se juzgara por homicidio al otrora Presidente del Consejo de Estado de la República Democrática Alemana, el proceso penal contra Erich Honecker no se sustanció debido a que, a la luz de las graves condiciones de salud por las que discurría el potencial encartado, extender temporalmente un tal sumario hubiera importado cercenar -refirieron los pretores- la dignidad humana del acusado. En este sentido, de no haber concurrido una tal contingencia -sostuvo la propia Corte Suprema Constitucional de Berlín de la República Federal Alemana- la continuidad de la causa hubiera tenido lugar (1993, 100 ILR 393). Por el contrario, en el caso “Jaffe v. Miller”, en un proceso penal dispuesto contra funcionarios de EE. UU. que se celebrara a la luz de la imposición de cargos criminales falsos y -más gravemente- por conspiración para secuestrar, el Tribunal de Apelación de Ontario determinó que se les debía conceder, a tales oficiales, inmunidad (1993, 95 ILR 446). El mentado tribunal apeló a un argumento por demás críticamente circular, refiriendo que forzosamente debía extenderseles a los mismos, como excepción previa, tal privilegio jurisdiccional, puesto que, de otro modo, podría sortearse el principio de inmunidad soberana en función de su juzgamiento.

En el mismo sentido se pronunció la Corte de Apelaciones Civil Británica, en el caso “Al Adsani v. Government of Kuwait”, al sostener que, en lo relativo a la tortura de tal binacional británico-kuwaiti por oficiales de este último Estado, no procedía expedirse respecto al fondo de la materia desde que ello importaría cercenar la inmunidad soberana que los funcionarios oficiales poseían (1996, 107 ILR 536). Sin embargo, en el caso Pinochet, Lord Steyn sostendría que la naturaleza de los crímenes -entre otros el propio acto de tortura- que se le imputaban al dictador chileno eran de tal magnitud que, en función de los mismos, no podía apelarse a la doctrina de la inmunidad de los actos del soberano (Ex Parte Pinochet, Respondent, On Appeal from a Divisional Court of the Queen’s Bench Division, 1998, 1338). En consideración a un tal contraste, bien podría inferirse que incluso para el núcleo de crímenes que doctrinaria<sup>14</sup> o jurisprudencialmente<sup>15</sup> se entiende constituyen el aparente *corpus* de

<sup>14</sup> “La lista estándar de normas ius cogens incluye normas contra el genocidio, la esclavitud, la tortura o la guerra agresiva” (Posner y Sykes, 2013, p. 58)

<sup>15</sup> A los efectos de los pronunciamientos de tribunales nacionales, estese a los casos referidos precedentemente. Para aquellos tribunales internacionales, bien vale la opinión de Cancado Trindade en el “Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala”: “la prohibición de las prácticas de tortura y trato inhumano, de desaparición forzada de personas (...) es en nuestros días absoluta y universal, pues pertenece al dominio del ius cogens internacional” (sentencia del 22 de noviembre de 2004, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C: Resoluciones y Sentencias, n° 116, párrafo 11)



violaciones a normas *ius cogens*, no existe un consenso omnicompreensivo respecto a aquellos extremos que legitiman, en distintos foros nacionales, la concurrencia de la figura de la inmunidad de jurisdicción soberana.

Sin embargo, bien podría cuestionarse el mentado paradigma (relativo a la preexistencia de tal indeterminación jurídica, lo que obstaría a que la referida inmunidad soberana no pudiera ser retraída): tómesese el caso “*Prosecutor v Anto Furundzija*”. En este último el Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia (1999) dejó atrás la tesis relativa a que la comisión del delito de tortura por parte de funcionarios públicos no resultaría ser justiciable en virtud de la inmunidad de jurisdicción soberana al establecer que puede constituir una causa fuente de la retracción de tal privilegio procesal, para el mentado crimen, el que el mismo fuese practicado a gran escala, que tuviese lugar en el seno de un conflicto armado, o que fuese ejecutado en presencia de oficiales públicos (Case No. IT-95–17, 1-T). Si bien el razonamiento del tribunal en el punto sería similar al esbozado en el precedentemente mentado caso Pinochet, aquí se estipularía una tipificación por demás concreta y sistematizada del universo de supuestos en virtud de los cuales se podría habilitar el ejercicio de la jurisdicción de referencia frente a aquellos casos en los que el Estado -o un funcionario del mismo- ejerciera su competencia *iure imperii*.

De todos modos, y *a contrario sensu*, podría alegarse que, en definitiva, sentencias como la referida no lograrían limitar la mentada dispersión hermenéutica de modo tal de lograr elaborar una doctrina de la justiciabilidad de los actos del soberano trascendente a la discrecional lectura de cada foro. Es que, en definitiva, el propio Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia apela a un concepto jurídicamente indeterminado (verbigracia, la tortura “a gran escala”) que en modo alguno permitiría razonablemente circunscribir los límites de la zona de certeza y penumbra semántica que en cada ordenamiento nacional pervivirían. Concorre, en todo caso, un desplazamiento de la mentada indeterminación: de los alcances de la inmunidad jurisdiccional para un acto ejecutado en ejercicio de las potestades de derecho público del soberano a, manifiesta una tal condición, la concurrencia de un criterio cuantitativo, materialmente indeterminable a extramuros de la subjetividad exegética del intérprete.

Llegados a este punto podría indicarse que, en definitiva, todo intento por definir, en términos preclaros una zona de certeza en virtud de la cual poder establecer indubitablemente la justiciabilidad de los actos del soberano pareciera ser una



empresa impracticable. Si incluso para los propios crímenes que suponen una violación a una norma *ius cogens* pareciera complejo encontrarse un criterio razonablemente inteligible en función del cual habilitar la jurisdicción de referencia, para el resto de los supuestos tal *telos* pareciera, evidentemente, impracticable.

*Se evidencia, y con prescindencia de la última consideración que se practicara, la preexistencia de un limitado conjunto de actos en virtud de los cuales podrían aparentemente juzgarse los actos del soberano. Sin embargo, el costo de oportunidad de haberse hallado tal núcleo de certeza normativo pareciera ser excesivamente oneroso: justamente existe acuerdo doctrinario respecto a los fundamentos que lo animan (en el caso, un extendido consenso respecto a la inoponibilidad de la doctrina de los actos iure imperii para aquellos supuestos en los cuales un oficial o conjunto de oficiales, en el ejercicio de sus funciones se abocaran a tareas como la tortura) únicamente para tales escasos supuestos.*

En definitiva, deviene en heurística y normativamente erróneo entender que el derecho internacional público consuetudinario es la principal (y, más aún, exclusiva y excluyente) fuente de derecho a la que suelen apelar los tribunales nacionales a la hora de adjudicar jurisprudencialmente una materia como la inmunidad de jurisdicción soberana. En efecto, la propia pluralidad de criterios normativos y pretorianos que cada sistema nacional de derecho invoca (salvo para los escasos supuestos de referencia) obsta categóricamente a una conclusión en *contrario sensu*.

Evidentemente, la pléyade de disímiles decisorios que se dictarían a partir de la interpretación de una única y misma doctrina no serían razonablemente susceptibles de entenderse en función del contenido de tal costumbre, desde que esta última, en cuanto tal, no podría ser interpretada de un modo tan amplio que se desnaturalizara. Para peor, los propios presupuestos hermenéuticos que explican una tal dispersión en los decisorios pretorianos podrían entenderse a partir de la concurrencia, en muchos supuestos, de principios de derecho público, en aquellos sistemas monistas, que resultarían susceptibles, incluso, de vedar la propia recepción normativa de una tal costumbre. A los efectos contrastar una tal tesitura se analizará, en lo sucesivo, la recepción de la costumbre por los sistemas normativos de vertiente anglosajona.



## 2.3 LA INTEGRACIÓN NORMATIVA EN EL COMMON LAW: ¿UN PRINCIPIO DE SOLUCIÓN?

En la medida de que se opere la incorporación directa de la costumbre a los propios ordenamientos normativos del *common law* restaría -podría referirse- escaso margen para disímiles interpretaciones respecto a la misma. De hecho, podría argüirse, en tal sentido, que la propia costumbre se vería reflejada de modo especular en los sistemas jurídicos que la incorporan como tal, en tanto que la misma sería objeto de un proceso de tergiversación o distorsión hermenéutica por parte de los sistemas normativos ajenos al *common law*.

En tal orden de ideas, y habida cuenta de la directa integración a las mandas jurisdiccionales de los principios de derecho internacional consuetudinario en el seno de los mentados sistemas de *common law*, cabe indagarse, por tanto, si es plausible que la costumbre pueda conservar, al menos para estos últimos, su carácter de uniforme mecanismo regulador de la mentada inmunidad de jurisdicción. Ello podría, para los mentados, erigir a la costumbre como principal fuente de derecho para los casos en los que se discuta la inmunidad de jurisdicción soberana.

A los efectos de examinar tal materia, debe referirse que la concurrencia de un principio como el de incorporación, por demás relevante en los ordenamientos de tradición anglosajona (y ciertamente “fundamental” en el de los Estados Unidos<sup>16</sup>) no se agota, en sus propios términos, en la extensión de un fundamento “adicional” de derecho internacional público para las decisiones pretorianas locales. Por el contrario, tal principio explica la directa e inmediata validez de tal doctrina de inmunidad de jurisdicción soberana para actos *iure imperii* en ciertos sistemas normativos filiados en una tal tradición. En efecto,

Probablemente el ejemplo más claro de la aplicación del derecho internacional consuetudinario en Nueva Zelanda sea el relativo a la materia de inmunidad soberana<sup>17</sup>. Existe un consenso en lo atinente al hecho de que

<sup>16</sup> En el punto debe referirse, finalmente, que tal “principio de incorporación”, de naturaleza “fundamental en el derecho de los EE.UU” (Keithly, 2016, p. 166) sería suscripto en un considerable número de precedentes, entre los cuales debe destacarse, sin lugar a dudas, el leading case “The Paquete Habana” ( 175 U.S. 677)

<sup>17</sup> En este punto reviste esencial trascendencia el considerar que, Nueva Zelanda, en la medida de que ha heredado la tradición jurídica del *common law* puede, sin que medie acto de trasposición alguno, y en tanto que no se contradigan los propios fundamentos normativos de derecho público internos, incorporar los principios consuetudinarios de derecho internacional público relativos a la inmunidad soberana. Al decir de Husa (2015), Nueva Zelanda es, sin excepción, clasificada en la literatura del derecho comparado como un miembro de la familia del *common law*. Existen sólidos argumentos a los



la inmunidad soberana forma parte del derecho de Nueva Zelanda, pero pocos se percatan de que la aplicación de este proviene directamente del derecho internacional público consuetudinario. Nueva Zelanda no posee legislación en la materia y su jurisprudencia ha descansado enteramente en la costumbre en una tal materia. (Hopkins, 2011, p. 444).

Sin embargo, para los supuestos de inmunidad de jurisdicción soberana para actos *iure imperii*, el caso de Nueva Zelanda supone en cierto sentido una excepción al proceso de referencia en la medida de que no supone, como tal, la concurrencia de contrapisa alguna a los efectos de permitir la incorporación inmediata de una norma de derecho internacional público a su ordenamiento. *En efecto, la mentada limitación sí concurre para los sistemas normativos de Reino Unido y de los Estados Unidos en lo atinente a la mentada incorporación de la doctrina de la inmunidad de jurisdicción soberana. Para tales estados, las reglas de derecho internacional consuetudinario relativas a tal materia han de adaptarse a los propios principios de derecho público de tales sistemas normativos*<sup>18</sup> (a diferencia de lo que acaece en Nueva Zelanda).

Huelga reconocer, de todos modos, que la mentada adaptación normativa para tales estados no cercena la validez de una tal costumbre como fuente de derecho, sino que, por el contrario, reafirma (como se explicara precedentemente) los presupuestos que explican la vigencia de esta última. En efecto, salvo para la doctrina más recalcitrantemente monista<sup>19</sup>, la existencia de condicionantes jurídicos a los efectos de hacer eficaz una o un conjunto de disposiciones de derecho internacional público en el propio ordenamiento interno de un Estado no supone sino confirmar la validez de las primeras en este último, en la medida de que son, justamente, tales

---

efectos de sostener tal tesis, dado que el sistema del mentado país se encuentra basado principalmente en el Common Law del Reino Unido (...) No existe una constitución en Nueva Zelanda, y las normas que se encontraban vigentes en Gran Bretaña antes de 1840 son, aún hoy, formalmente parte del derecho neozelandés en la medida de que la práctica legal o una nueva legislación no las haya modificado. (p. 223)

<sup>18</sup> En cierto sentido, ello es, meramente, una contingencia, producto del desarrollo histórico jurisprudencial de tales sistemas: tanto en Reino Unido como en Estados Unidos, tal adaptación es procedente desde que existen precedentes propios -que establecen principios de derecho público a los cuales debe de integrarse una doctrina de derecho internacional público- para tales sistemas. En el caso de Nueva Zelanda, tal incorporación es inmediata y directa, desde que estos últimos, simplemente, no existen.

<sup>19</sup> Al decir de Çali (2015), (...) el derecho internacional debe prevalecer sobre los ordenamientos locales y los jueces locales deben aplicar el derecho internacional público directamente o abstenerse de valerse del derecho local en aquellos supuestos en los cuales el derecho internacional se revela como irreconciliable con el mismo. El monismo duro que postula una condición de superior jerarquía y efecto directo del derecho internacional público sugiere la irrelevancia de considerar cuestiones políticas respecto a la legislación que se requiera para hacer efectiva una norma de derecho internacional. Asimismo, predica la necesidad de conferir las necesarias potestades a los jueces locales a los efectos de que los mismos prescindan de consideraciones políticas a la hora de aplicar, como un componente principal del derecho local, las disposiciones de derecho internacional público. (p.451)





disposiciones las que explican la eficacia de las normas consuetudinarias en una tal jurisdicción local.

Ahora bien: en tanto que (mediada por los propios principios de derecho público de referencia) la propia costumbre de derecho internacional público sea integrada directamente al ordenamiento de los sistemas del *common law*, ¿Puede predicarse que para tales supuestos tal costumbre no sea susceptible de ser limitada en sus alcances merced a una interpretación que socave o bien amalgame su sentido normativo?

De mediar un tal principio de incorporación, la respuesta, al menos intuitivamente, pareciera ser positiva. Sin embargo, paradójicamente, la respuesta es contraria: el contenido de *la costumbre, incluso en los sistemas jurídicos que adscriben al mentado principio de incorporación puede, de todos modos, ser pasible de múltiples actos interpretativos por la jurisdicción local. Ello merced, en definitiva, a la exégesis pretoriana que se haga en función de las condiciones de admisibilidad formal de tales sistemas a la hora de la incorporación de la misma: nos referimos, claro está, a los mentados principios de derecho público, propios, también, de los sistemas tributarios al *comon law*. Tómese el caso, si se quiere extremo, relativo a la concurrencia de ciertas garantías del debido proceso (en el caso, ley penal previa) a los efectos de vedar la imposición de una sanción penal de fuente consuetudinaria no tipificada en el derecho sajón. En efecto, y como bien ilustra Shaw (2014),*

Específicamente, la Cámara de los Lores aceptó unánimemente que la doctrina de la incorporación no se aplicaba en lo relativo a la figura del crimen de agresión de fuente internacional consuetudinaria. [Ello en tanto que...] las cortes inglesas no tenían el poder de crear nuevas ofensas criminales, las cuales podían únicamente ser instituidas estatuariamente cuando se buscaba obtener un efecto doméstico para figuras del derecho internacional penal consuetudinario (p. 147)

En el punto podría alegarse, de todas formas, que a la luz de las especiales garantías eventualmente susceptibles de ser afectadas por el propio derecho penal (primera y principalmente, la existencia formal de una ley previa al hecho) resultaría razonable que ningún sistema del *common law* le haya asignado a la propia costumbre la potestad de afectar el debido proceso debido a que este se encontraría amparado por los propios principios de derecho público. Ahora bien: en función de tal consideración, y dado que en el debate sobre la inmunidad soberana para actos *iure imperii* no se lesionarían ciertas garantías particularmente relevantes (por caso, la





libertad ambulatoria de un particular) apelar al derecho penal a los efectos de evaluar la eventual incidencia de los principios de derecho público relativos a la incorporación de la costumbre al ordenamiento nacional podría suponer incurrir en un silogismo exagerado. En efecto, sostendrá la Corte Federal de Australia (en pleno)

Es difícil manifestar una aserción general que abarque todas las normas de derecho internacional consuetudinario. Una cosa es (...) que los tribunales de un país en particular estén preparados para tratar una norma de derecho civil como la doctrina de la inmunidad soberana de jurisdicción como parte de su derecho local, independientemente de que tales normas se encuentren aceptadas por las cortes de un tal país como habiendo sido “incorporadas” (...) por un acto jurisdiccional. Otra cosa es decir que una norma de derecho internacional, que criminaliza una conducta que no es susceptible de ser castigada por el derecho local habilite a una corte nacional a perseguir y condenar a un individuo en función de la primera (Corte Federal de Australia (en pleno). *Nulyarimma v. Thompson* (1999) 165 ALR 621, 629-630, párrafos 25-26)

Debe referirse, en el punto, que el hecho de que la costumbre deba cumplimentar ciertas condiciones de derecho interno -verbigracia, la necesidad de la existencia de una ley penal previa o la posibilidad de excepcionarse la inmunidad de jurisdicción soberana para actos *iure imperii*- a los efectos de devenir la primera en eficaz no constituye un presupuesto heurístico lo suficientemente sólido a los efectos de sostener que tal costumbre resultaría “accesoria” en el propio sistema del *common law*. Sin embargo, de ello tampoco se sigue, naturalmente, que la propia costumbre sea susceptible de ser invocada, como se lo hace por parte de cierta doctrina (ya citada), como el único criterio en virtud del cual analizar la eventual concesión o retracción de la inmunidad de jurisdicción soberana. Por el contrario, la misma es ciertamente una fuente de derecho internacional que permitiría integrar, de existir una laguna normativa local, las prescripciones de este sistema, extremo que se manifiesta especialmente en el derecho anglosajón, desde que si bien “*El common law no necesariamente se encuentra en conformidad con la universalidad del derecho internacional, el derecho internacional constituye una influencia importante y legítima en el desarrollo del common law*” (*Mabo vs. State of Queensland (No. 2)*, 175 C.L.R (1992), 1, 42)

Sin embargo, el que el mentado derecho internacional público consuetudinario sea una eventual fuente material para la adjudicación jurisdiccional de los propios tribunales nacionales en nada soslaya o amalgama el problema relativo al hecho de que, como se suscribiera precedentemente, incluso en aquellos sistemas en los



cuales concurre un procedimiento de incorporación de tal costumbre, la misma deba, previamente a ser incorporada, cumplimentar con un determinado conjunto de presupuestos: verbigracia, el respeto a los principios de derecho público internos. En este sentido, la norma consuetudinaria deberá superar, cual condición a los fines de que se opere su incorporación al ordenamiento interno, un estándar de admisibilidad en función del cual el

(...) derecho u obligación de derecho internacional consuetudinario [a incorporarse a tal ordenamiento] sea plausible de operar dentro del sistema legal nacional, de modo tal de que su existencia sea por lo tanto compatible con las normas de este último (Dixon, 2013, p. 108).

Por lo tanto, es consustancial a la eventual incorporación de la norma consuetudinaria al mentado ordenamiento interno un procedimiento de exégesis pretoriano (salvo, como se comentara, que se adscriba a una lectura manifiestamente monista) que pueda generar la concurrencia de lecturas disímiles en distintos ordenamientos<sup>2021</sup>. Se evidencia, entonces, salvo para el acotado universo de estados que adscriben a un monismo absoluto, el insoslayable mandato de deber cumplirse con los postulados del derecho interno -en función de la gravitación en este último de sus principios de derecho público- lo cual, en definitiva, impone, a la propia costumbre, el deber ser consistente con terceras fuentes de derecho. En tal orden de ideas no podría, por ende, postularse, como una relevante vertiente doctrinaria otrora predicara, el carácter preeminente de tal costumbre como exclusiva -y excluyente en relación a terceras otras- fuente de derecho a la hora de estipular los alcances de la mentada inmunidad de jurisdicción soberana.

---

<sup>20</sup> Cabe referir que si bien el presente trabajo no pretende indagar en tal específica materia, tal fragmentación, de carácter exegética-normativa es, en cierto sentido, inherente al desarrollo de una tal costumbre. Al decir de Webb (2013), Si un área de derecho que se encuentra regida por el derecho internacional consuetudinario se encuentra relativamente poco desarrollada, ello puede resultar en opiniones divergentes de diversos tribunales. Las diferencias en la evaluación y obtención de la prueba, la falta de atención al caso y el proceso delegado y descentralizado de la toma de decisiones jurisdiccionales puede consolidar la tendencia hacia la fragmentación [del derecho internacional público consuetudinario]. Tales tendencias pueden sin embargo verse modificadas a lo largo del tiempo o interactuar con otros factores. Por ejemplo, la condición *ad hoc* de un tribunal puede promover la experimentación y la innovación en sus primeros años, lo cual aumenta el riesgo de tal fragmentación (p. 202)

<sup>21</sup> Tómese, por caso, la existencia de normas que limitan los alcances de la costumbre internacional en lo relativo a la inmunidad de jurisdicción soberana para los EE. UU. (tal y como se explicara la FSIA), en tanto que para sistemas jurídicos como los de Nueva Zelanda la incorporación de una tal costumbre al derecho local no ha de discurrir por los mentados principios de derecho público internos establecidos normativamente.



## 3 CONCLUSIÓN

En relación con los alcances y, por sobre toda otra consideración ulterior, limitaciones (solapada o no reconocidas) analíticas en las que incurre la doctrina al abocarse a explicar la relación entre el derecho internacional público consuetudinario y el derecho local, bien vale recordar a las palabras de Ovejero Lucas (1994), según las cuales,

El núcleo de la teoría, los supuestos de racionalidad sobre los que edifican las elecciones, también participa de la exclusiva preocupación por la consistencia. Una teoría está obligada a ser consistente, pero no hay que preocuparse solo de la consistencia (...) A veces la obsesión por la consistencia únicamente oculta la predisposición a salvar las teorías a cualquier precio, introducir las hipótesis que hagan falta para evitar las críticas (p. 363).

En efecto, a lo largo del presente trabajo se ha referido el modo en el cual, al margen de una eventual falta de uniformidad pretoriana respecto a cómo entenderse el principio de inmunidad soberana, intervienen en la materia una extensa pluralidad de consideraciones que requieren abandonar la tesitura conforme la cual la concesión o denegatoria de la inmunidad de jurisdicción soberana debe de ser evaluada, exclusivamente, en términos de los dictados de la costumbre de derecho internacional público. Ello en función no meramente del hecho de que cada uno de los sistemas nacionales que receptan la mentada doctrina adscriben a presupuestos de derecho público que forzosamente condicionan la recepción exegética que de una tal costumbre se practique, sino también por el hecho de que, en definitiva, una única y misma doctrina no puede ser entendida uniformemente por una determinada comunidad de intérpretes. Ello supondría, naturalmente, cercenar una propiedad inherente al lenguaje normativo: la riqueza semántica que subyace a todo acto hermenéutico. Tómese, por caso ideal e hipotético, la existencia de una norma de derecho internacional público favorable al derecho a la libertad de expresión o a la protesta: deviene en evidente que la recepción de la misma no podría ser sino disímil entre la comunidad de estados y culturas llamadas a recibirla, incluso de adscribir la universalidad de estos últimos a un sistema democrático.

En conclusión, y salvo los extremos por demás puntuales a los que se hiciera referencia previamente (verbigracia, aquellos relativos a la violación de una norma *ius cogens*, materia que, aún así posee ciertas limitaciones, cual la relativa a qué entender por, verbigracia, “tortura a gran escala”) deviene en dificultoso predicar, para la



generalidad de los casos, el imperio exclusivo de tal costumbre sobre los decisorios de los foros nacionales en lo atinente a la inmunidad de jurisdicción soberana. Ello no obsta, de todos modos, a reconocerle a la misma una condición supletoria o accesoria en aquellos casos en los cuales concurren, como se mencionara, lagunas de derecho.

En un tal supuesto, y asumiendo la mentada indeterminación, bien podría concluirse que, en definitiva, y a falta de un órgano único o centralizado abocado a ejercer un control de razonabilidad y uniformidad sobre los criterios o soluciones jurídicas que para un universo determinado de casos deba el derecho internacional público pronunciarse, la definición de los alcances que de las instituciones (verbigracia, las jurídicas) el conjunto de actores realice, se definirá, primera y preeminentemente, en función de cómo cada uno de las mismas las interprete, por lo cual devendrá en materialmente difícil sino imposible

(...) identificar una institución [verbigracia, la determinación de la violación a una norma *ius cogens* merced a criterios de naturaleza cuantitativa cual “a gran escala”] salvo en los propios términos en virtud de los cuales cada uno de los actores la identifique (MacIntyre, 1983, p. 264).

Tal vez tal procedimiento exegético sea, en definitiva, el modo de lograr integrar, soslayando las diferencias de adjudicación nacionales, la dispersión hermenéutica que sobre el principio de inmunidad soberana de jurisdicción actualmente cada una de los foros nacionales practica, lográndose consolidarse, de un tal modo, tal y como lo sostuviera otrora Habermas (2006), el “comienzo del fin del derecho internacional entendido como derecho de los Estados” (pp. 158-159).

## BIBLIOGRAFÍA

ABASS, A. **Complete International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ACADEMIA DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA HAYA. **Recueil Des Cours**. La Haya, 1976. v. 149.

ACOSTA ALVARADO, P. A. Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: on the interaction between domestic and international law. **Estudios Constitucionales**, 2016, v. 14, n. 1, p. 15-60. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000100002>. Acesso em: 12 set. 2024.

*Al Adsani v. Government of Kuwait*, 107 ILR 536 (1996).

*Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp*, 488 US 428 (1989).



AMBOS, K. The International Criminal Court and the traditional principles of international cooperation in criminal matters. *Finnish Yearbook of International Law*, 2000, v. 419, n. 9, p. 413-426.

ANZILOTTI, D. *Corso di diritto internazionale. Introduzione e teorie generali*. Roma: Athenaeum, 1928. v. 1.

Argentinianleihen-Urteil, Frankfurt am Main Landgericht, No. 294/02 (2003). In: FRANCIANI, F. *Access to justice, denial of justice and international investment law*. *European Journal of International Law*, 2009, v. 20, n. 3, p. 729-747.

BRADLEY, C. A. *International Law in the U.S. Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

Bank of United States v. Planters Bank of Georgia, 22 U.S. 904 (1824). In: STORY, J. *Commentaries on the Constitution of the United States*. 1858. v. 2.

Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398 (1964).

BANKAS, E. K. *The state immunity controversy in international law: private suits against sovereign states in domestic courts*. Heidelberg: Springer Science & Business Media, 2005.

BAYITCH, S. A. Florida and International Legal Developments 1962-1963. *University of Miami Law Review*, 1963, v. 321, n. 18, p. 321-361.

Berizzi Bros. Co. v. S. S. Pesaro, 271 U.S. 562 (1926).

BISHOP JR., W. New United States Policy Limiting Sovereign Immunity. *American Journal of International Law*, 1953, v. 47, p. 93-106.

BOLAÑOS CÉSPEDES, F. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2014, v. 19, p. 5-6.

BRADLEY, C. A. *International law in the US legal system*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

Caso Blads, 3 Swan 603/604 (1674). In: ZANDER, M. *The Act of State Doctrine*. *The American Journal of International Law*, 1959, v. 53, n. 4, p. 826-852.

Caso de la República de Latvia, *Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht* (1953), Munich, v. 4.

Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala, *Tribunal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (2004), Serie C: Resoluciones y Sentencias, n. 116.

Caso Honecker v. Alemania, *Corte Constitucional*, Berlín, 100 ILR 393 (1993).





Contra Prefectura de Voiotia v. **República Federal de Alemania**, Aerios Pagos (Corte de Casación de Grecia) 129 ILR 513 (2000), n. 1172000.

□ ÇALI, B. **The Authority of International Law: Obedience, Respect, and Rebuttal**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

DAMROSCH, L. F. Changing the International Law of Sovereign Immunity Through National Decisions. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, 2011, v. 44, n. 5, p. 1185-1200.

DANILENKO, G. M. Application of Customary International Law to Municipal Law. In: TUNKIN, G. I.; WOLFRUM, R. (Org.). **International Law and Municipal Law**. Berlin: Dunckler & Humblot, 1988.

DEGAN, V. D. **Sources of international law**. Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1997. v. 27.

DEMPSEY, G. T. Reasonable doubt: The case against the proposed International Criminal Court. **Cato Policy Analysis**, Washington D.C., 1998, p. 311.

DIXON, M. **International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

FIFE, R. The International Criminal Court – Whence It Came, Where It Goes. **Nordic Journal of International Law**, 2000, v. 69, p. 63-85.

GROVE JR., W. R. International Law, Conflict Law and Sabbatino. **University of Miami Law Review**, 1964, v. 216, n. 19, p. 23-24.

HABERMAS, J. **The Divided West**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

HALJAN, D. **Separating powers: International law before national courts**. Springer Science & Business Media, 2012.

Heizer v. Kaiser Franz-Joseph-Bahn A.G., (1885). **Gesetz und Verordnungsblatt für das Königreich Bayern**, v. 1, Munich.

HOPKINS, J. New Zealand. In: SHELTON, D. (Org.). **International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

HUSA, J. **A New Introduction to Comparative Law**. Oxford: Hart Publishing, 2015.

Jaffe v. Miller, 95 ILR 446 (1993).

JESSUP, P. C. Has the Supreme Court Abdicated One of Its Functions? **The American Journal of International Law**, 1946, v. 40, n. 1, p. 168-172.

Jones, UKHL 16 (2006); I AC 136 (2007).





KEITHLY, D. *The USA and The World 2016-2017*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2016.

KEITNER, C. I. International Law: A Roadmap for Foreign Official Immunity in US Courts. *The Judges' Book*, 2022, v. 6, n. 1, p. 14.

KLOTH, M. Immunities and the right of access to court under article 6 of the European convention on human rights. *International Studies in Human Rights*, 2010, v. 103. Brill.

KUNOY, B. Singing in the Rain - Developments in the Interpretation of Umbrella Clauses. *The Journal of World Investment and Trade*, 2006, v. 7, n. 2, p. 275-300.

Mabo vs. State of Queensland (No. 2), 175 C.L.R (1992), n. 1, pá. 42.

Luca Borri v. República Argentina, **Corte de Casación Italiana Unidad Civil** (2005), n. 11225.

MACINTYRE, A. *Against the Self-images of the Age. Essays in Ideology and Philosophy*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1983.

NAGAN, W. P.; ROOT, J. L. The emerging restrictions on sovereign immunity: peremptory norms of international law, the UN Charter, and the application of modern communications theory. *North Carolina Journal of International Law*, 2012, v. 38, n. 2, p. 375.

NEY, M. Sovereign Immunities of States: A German Perspective. In: PETERS, A.; LAGRANGE, E.; OETER, S.; CHRISTIAN, T. (Org.). *Immunities in the age of global constitutionalism*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

*NML Capital Limited v. Republic of Argentina*, UKSC 31 (2011).

*Nulyarimma v. Thompson*, 165 ALR 621 (1999).

*N.Y. Life Ins. Co. v. Hendren*, 92 U.S. 296 (1875).

*Ohio V. Helvering*, 292 U.S. 360 (1934).

O'KEEFE, R. The Doctrine of Incorporation Revisited. In: CRAWFORD, J.; LOWE, V. *British Year Book of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. v. 79.

OVEJERO LUCAS, F. *La quimera fértil: el despropósito de la teoría de la historia*. Icaria Editorial, 1994.

POSNER, E. A.; SYKES, A. O. *Economic foundations of international law*. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

Prosecutor v. Anto Furundzija, IT-95-17/1-T (1998), pá. 153.



Prosecutor v. Delalic y otros, IT-96-21-T (1998).

Reclamo de Alemania v. Imperio de Irán, Tribunal Constitucional de Alemania (1963).  
In: **International Law Reports**, 1972, v. 45, p. 57-82.

RODRÍGUEZ, C. Teoría del Derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H.L.A. Hart y R. Dworkin. In: RODRÍGUEZ, C. (Org.). **La Decisión judicial: el debate Hart-Dworkin**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.

SHAW, M. N. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.  
SORNARAJAH, M. **The international law on foreign investment**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

**THE FEDERAL REPORTER. Cases argued and determined in the circuit courts of appeals and district courts of the United States and the court of appeals of the District of Columbia**. Washington D.C., 1922. v. 277.

*The Lottawanna*, 88 U.S. 558 (1874).

*The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900).

*The Queen v. Keyn*, 2 Ex D 63 (1876).

*The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 116 (1812).

*Thirty Hogsheads of Sugar v. Boyle*, 13 U.S. 191 (1815).

VILLIGER, M. E. *Customary international law and treaties: a study of their interactions and interrelations, with special consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden: Brill, 1985. v. 7.

WANG, G. **International investment law: a Chinese perspective**. Londres: Routledge, 2014.

WEBB, P. **International judicial integration and fragmentation**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

WEST, T. **United States Code Congressional and Administrative News**. 1976. n. 8.

WUERTH, I. Pinochet's legacy reassessed. **American Journal of International Law**, 2012, v. 106, n. 4, p. 731-768.

