

# La Constitución argentina y el derecho de gentes

Florencia Lebensohn

En la actualidad me encuentro escribiendo mi tesis doctoral sobre la Constitución argentina y el derecho de gentes. En este paper compilo dos capítulos de mi tesis en el que desarrollo la hipótesis y los objetivos que pretendo alcanzar como un marco para la discusión que tendrá lugar en el primer seminario del capítulo argentino de ICON. Con ese objetivo en mente, en la sección I de este trabajo introduzco la problemática sobre “La Constitución Argentina y el derecho de gentes” y, en la sección II, ahondo sobre las fuentes normativas del derecho de gentes.

## *Sección I: Introducción*

### *I.a La Constitución argentina y el derecho de gentes*

El ordenamiento internacional no establece el modo en que sus normas han de ser aplicadas en el derecho doméstico de los Estados que integran la comunidad internacional. Por el contrario, es el derecho doméstico el que regula el proceso de incorporación o integración de las normas de derecho internacional y determina su jerarquía<sup>1</sup>. De este modo, cada Estado decide, por sí solo, la manera en que el derecho internacional se convierte en obligatorio para los funcionarios públicos y los individuos así como el estatus y jerarquía que se le asigna en el ámbito doméstico<sup>2</sup>.

En consecuencia, las constituciones modernas no adoptan una postura única y homogénea en relación con la costumbre internacional. A pesar de la falta de uniformidad, y en lo que se refiere a la relación de las constituciones nacionales con la costumbre internacional, Cassese ha clasificado a las constituciones modernas en cuatro grandes grupos<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> PODESTÁ COSTA, LUIS A., RUDA JOSÉ MARÍA, Derecho Internacional Público, 1985, Tipográfica Editora Argentina, pág. 42; DIEZ DE VELASCO, MANUEL, Instituciones de Derecho Internacional Público, 2009, Tecnos, pág. 245; GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA, Guía para el Conocimiento de los Elementos de Derecho Internacional Público, 2003, La Ley, pág. 74.

<sup>2</sup> CASSESE, ANTONIO, International Law, 2005, Oxford, pág. 220.

En el primer grupo, hay algunas constituciones -mayoritariamente de países occidentales- que se refieren expresamente a la costumbre internacional y establecen que sus normas deben aplicarse en el ámbito doméstico<sup>4</sup>. Algunas de ellas incluso le confieren a la costumbre internacional una jerarquía superior que a las leyes, ya sea de manera expresa o implícita<sup>5</sup>.

En el segundo grupo, que se ubica en el otro extremo, hay muchas constituciones -a las que Casse describe como pertenecientes a países del “Tercer Mundo”- que ignoran completamente la cuestión de la aplicabilidad de la costumbre internacional en el ordenamiento jurídico nacional.

En el tercer grupo, un número de países proclaman una aceptación calificada del derecho internacional ya sea porque seleccionan las reglas generales a ser reconocidas o invocan la costumbre internacional u otros principios internacionales<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> CASSESE, ANTONIO, *Modern Constitutions and International Law*, 1985, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, pág. 378.

<sup>4</sup> Por ejemplo, la Constitución de Austria que, en su artículo 9, dispone: “las reglas generalmente reconocidas del Derecho Internacional tendrán validez como parte integrante del ordenamiento federal” o la Constitución de Portugal que establece, en su artículo 8.1, lo siguiente: “las normas y los principios de derecho internacional general o común forman parte integrante del derecho portugués”. Por su parte, la Constitución francesa de 1958 se limita, en este punto, a un reenvío al preámbulo de la Constitución de 1946 que es fuerte sobre este punto: “La República Francesa, fiel a sus tradiciones, cumple con las normas del derecho público internacional”. No existe una referencia expresa al derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, la doctrina es conteste a reconocer que éste se encuentra subsumido en la expresión “derecho público internacional”. DAILLIER, PATRICK, FORTEAU, MATHIAS, PELLET, ALAIN, *Droit International Public*, 2009, L.G.D.J. - Lextenso éditions, pág. 376.

<sup>5</sup> Por ejemplo, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania establece, en su artículo 25, que: “las reglas generales del Derecho internacional público son parte integrante del Derecho federal. **Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal**” (subrayado propio); la Constitución de la República de Italia que dispone, en su artículo 10, que “**el ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas**. La situación jurídica de los extranjeros se regulará por la ley de conformidad a las normas y los tratados internacionales. Todo extranjero al que se impida en su país el ejercicio efectivo de las libertades democráticas garantizadas por la Constitución italiana tendrá derecho de asilo en el territorio de la República, con arreglo a las condiciones establecidas por la ley. No se admitirá la extradición de extranjeros por delitos políticos” (el destacado es propio); la Constitución de Japón que prevé, en su artículo 98, que: “esta Constitución será la Ley Suprema de la Nación, y ninguna ley, ordenanza, decreto imperial u otro acto de gobierno, en forma total o parcial, contrario a lo que en ella se establece, tendrá fuerza legal o validez. **Los tratados concluidos por Japón y el derecho internacional establecido serán fielmente observados**” (el destacado es propio) o la Constitución de Grecia cuyo artículo 28.1 establece que “**las reglas de Derecho internacional generalmente aceptadas, así como los tratados internacionales tras su ratificación por vía legislativa y su entrada en vigor conforme a las disposiciones de cada uno de ellos, formarán parte integrante del derecho griego interno y tendrán un valor superior a toda disposición contraria de la ley**. La aplicación de las reglas de Derecho internacional general y de tratados internacionales a los extranjeros, estará siempre sometidas a la condición de la reciprocidad” (el destacado me pertenece).

<sup>6</sup> Por ejemplo, el artículo 15 de la Constitución de Honduras dispone que: “Honduras hace suyos los principios y prácticas del derecho internacional que propenden a la solidaridad humana, al respeto de la autodeterminación de los pueblos, a la no intervención y al afianzamiento de la paz y la democracia

Por último, en el cuarto grupo, un gran número de constituciones -sobre todo de los países del Tercer Mundo- reemplazan la referencia al derecho internacional por una referencia general a la Carta de las Naciones Unidas o a los principios de derecho internacional desarrollados en la comunidad internacional bajo la iniciativa o bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas<sup>7</sup>.

Adentrándonos en el tema de esta tesis, cabe remarcar que la Constitución de la República Argentina se ubica en el segundo grupo antes referido.

La Constitución Nacional establece pautas específicas en lo relativo a la incorporación y jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico argentino. Los artículos 99 inciso 11<sup>8</sup> y 75 inciso 22<sup>9</sup> enumeran, respectivamente, las facultades del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo mientras que, en lo que hace a su

---

universales. Honduras proclama como ineludible la validez y obligatoria ejecución de las sentencias arbitrales y judiciales de carácter internacional” o el artículo 26 de la Constitución de la República Dominicana que dispone: “la República Dominicana es un Estado miembro de la comunidad internacional, abierto a la cooperación y apegado a las normas del derecho internacional, en consecuencia: 1) Reconoce y aplica las normas del derecho internacional, general y americano, en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado; 2) Las normas vigentes de convenios internacionales ratificados regirán en el ámbito interno, una vez publicados de manera oficial; 3) Las relaciones internacionales de la República Dominicana se fundamentan y rigen por la afirmación y promoción de sus valores e intereses nacionales, el respeto a los derechos humanos y al derecho internacional; 4) En igualdad de condiciones con otros Estados, la República Dominicana acepta un ordenamiento jurídico internacional que garantice el respeto de los derechos fundamentales, la paz, la justicia, y el desarrollo político, social, económico y cultural de las naciones. Se compromete a actuar en el plano internacional, regional y nacional de modo compatible con los intereses nacionales, la convivencia pacífica entre los pueblos y los deberes de solidaridad con todas las naciones; 5) La República Dominicana promoverá y favorecerá la integración con las naciones de América, a fin de fortalecer una comunidad de naciones que defienda los intereses de la región. El Estado podrá suscribir tratados internacionales para promover el desarrollo común de las naciones, que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes, y para atribuir a organizaciones supranacionales las competencias requeridas para participar en procesos de integración; 6) Se pronuncia en favor de la solidaridad económica entre los países de América y apoya toda iniciativa en defensa de sus productos básicos, materias primas y biodiversidad”.

<sup>7</sup> El artículo 6 de la Constitución de la República de Yemen establece que: “La República de Yemen confirma su adhesión a la Carta de la ONU, la Declaración Internacional de Derechos Humanos, la Carta de la Liga Árabe, y los principios de derecho internacional generalmente reconocidos”.

<sup>8</sup> Artículo 99 inciso 11 de la Constitución Nacional: “El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones (...) Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules”.

<sup>9</sup> Artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional: “Corresponde al Congreso (...) Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede”.

jerarquía, los artículos 27<sup>10</sup>, 31<sup>11</sup> y 75 incisos 22<sup>12</sup> y 24<sup>13</sup> establecen el orden de prelación de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico argentino. Por lo tanto, más allá de las discusiones y divergencias que en materia de interpretación doctrinaria y jurisprudencial han existido al respecto, la Constitución Nacional contiene reglas específicas en relación con la incorporación y jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico argentino. Sin embargo, no ocurre lo mismo con respecto a las restantes fuentes de derecho internacional, más específicamente, en lo que se refiere al derecho de gentes.

En efecto, al regular el juicio por jurados, el artículo 118 de la Constitución Nacional -incorporado en 1853- dispone que, cuando el delito se cometa fuera de los límites de la Nación “*contra el derecho de gentes*”, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que ha de seguirse el juicio. Por muy sorprendente que parezca, esta es la única mención en la Constitución Nacional al derecho de gentes.

---

<sup>10</sup> Artículo 27 de la Constitución Nacional: “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

<sup>11</sup> Artículo 31 de la Constitución Nacional: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859”.

<sup>12</sup> Artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

<sup>13</sup> Artículo 75 inciso 24 de la Constitución Nacional: “Corresponde al Congreso (...) 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”.

De este modo -y contrariamente a lo que sucede en relación con los tratados internacionales- la Constitución Nacional no regula la incorporación y jerarquía del derecho de gentes en el derecho argentino.

#### *1.b La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina y el derecho de gentes*

Como se mencionó en el apartado anterior, no existen reglas constitucionales que regulen la incorporación y jerarquía del derecho de gentes en el derecho interno. A pesar de ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante, la “CSJN”, la “Corte” o el “Tribunal”) ha entendido directamente aplicable -y ha aplicado- el derecho de gentes a los fines de resolver un gran número de controversias.

A lo largo de su historia, la CSJN ha recurrido al derecho de gentes en diferentes áreas de derecho y en numerosas ocasiones. A los fines de abarcar el fenómeno completo de la resolución de casos con fundamento en el derecho internacional no convencional (y poder analizar todo el abanico de problemas teóricos y prácticos vinculados con dicho fenómeno), se confeccionó una base de datos con todos los casos de la Corte (tanto en su colección de fallos completos como de sumarios) relevantes para esta discusión<sup>14</sup>.

En total, el número de casos en los que la Corte incluidos en la base de datos asciende a 180, lo que incluye casos decididos por remisión a precedentes propios de la Corte. De esos casos, en el presente trabajo se tratarán aquellos en los que el recurso al derecho de gentes fue el elemento determinante para resolver la controversia sometida a la Corte, excluyendo cualquier mención realizada a modo de *obiter dictum*<sup>15</sup>.

Para clasificar los casos de ese modo, se ha utilizado la definición de *holding* y *obiter dictum* brindada por la propia Corte que ha recurrido en diversas oportunidades a dichas expresiones para interpretar o limitar el alcance de lo resuelto en sus propias sentencias<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> La presente base de datos no incluye decisiones de otros tribunales federales.

<sup>15</sup> Sin embargo, como puede apreciarse de la lectura de los casos incluidos en el Anexo A, en ciertos casos excepcionales, he morigerado este criterio incluyendo algunas disidencias que consideré relevantes para las discusiones teóricas y prácticas desarrolladas a lo largo de este trabajo.

<sup>16</sup> CSJN, Madariaga Anchorena, Carlos Juan, Fallos 242:280, (1958), ; CSJN, Jacques Paiva, Helio y otro, Fallos 306:980, (1984), ; CSJN, Bruno, Raúl Osvaldo s/amparo, Fallos 311:460, (1988), ; CSJN, Abaco Compañía Financiera S.A. c/ Resolución 509 del Banco Central de la República Argentina, Fallos 315:449, (1992), ; CSJN, Di Pietro, Giovanni s/ extradición, D. 130. XXIV, disidencia juez Adolfo Roberto Vázquez, (1996), ; CSJN, Zambrana Daza, Norma Beatriz s/ infracción a la ley 23.737, Z. 17. XXXI, disidencia de los jueces Fayt, Belluscio, Petracchi y Bossert, (1997), ; CSJN, Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art. 139 bis del C.P., N. 284. XXXII, (1998), ; CSJN, Ramos, Juan José c/ LR3 Radio Belgrano y otros, R. 194. XXXIV, (2000), ; CSJN, Ramos, Juan José c/ LR3 Radio Belgrano y otros, R. 194. XXXIV, (2000),

En efecto, a lo largo de su historia, la CSJN ha calificado a ciertas expresiones como *obiter dictum* cuando no se refieren a la cuestión debatida en la causa<sup>17</sup>; no constituyen la motivación que ha servido de base a lo decidido<sup>18</sup>, sino sólo un “refuerzo” de las conclusiones a las que se ha arribado<sup>19</sup> o no son relevantes para la solución del caso<sup>20</sup> (o son innecesarias)<sup>21</sup>. Esta definición es coincidente con la acuñada en la doctrina argentina<sup>22</sup>. Algunos jueces de la Corte, como es el caso de los jueces Augusto César Petracchi y Julio C. Oyhanarte en Fallos 313:1392<sup>23</sup>, la jueza Argibay en Fallos

---

; CSJN, Ramos, Juan José c/ LR3 Radio Belgrano y otros, R. 194. XXXIV, (2000), ; CSJN, Procurador General s/ planteo de inconstitucionalidad en expediente 70/98 -reg. Sala B-. P. 485. XXXV, voto del juez Vázquez, (2001), ; CSJN, Brusa, Víctor Hermes s/ pedido de enjuiciamiento, Fallos 326:4816, (2003), ; CSJN, Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/amparo Ley 16.986, C. 955. XXXVI, voto de los jueces Fayt y Vázquez, (2004),

<sup>17</sup> En 1951, la CSJN sostuvo que las expresiones contenidas en una sentencia anterior de la Corte “**por no referirse precisamente a la cuestión debatida** en la causa constituyen un ‘obiter dictum’ que no debe considerarse como jurisprudencia del Tribunal en sentido propio”. CSJN, Fornasini de Ponce, Margarita M., Fallos 219:583, (1951),

<sup>18</sup> La mayoría de CSJN en Fallos 336:1612 sostuvo que lo manifestado por una determinada sentencia ha sido “a modo de obiter dictum” pues “no integra la unidad lógico jurídico que es la sentencia en tanto no constituye la motivación que ha servido de base a lo decidido en el pleito”. CSJN, Unión de Usuarios y Consumidores c/ Estado Nacional -SCI- resol. 175/07 -SCT- resol. 9/04 y otro s/ proceso de conocimiento, Fallos 336:1612, (2013),

<sup>19</sup> En 1983, la Corte -mediante remisión al dictamen del entonces Procurador Mario Justo López- sostuvo que “el argumento de la sentencia recurrida (...) fue pronunciado *obiter dictum* ya que, como el propio apelante lo reconoce, sus firmantes adscribieron a las conclusiones del pronunciamiento del juez de anterior grado e incorporaron el impugnado como **fundamento que acude sólo en refuerzo de tales conclusiones**. En ese caso entiendo que el fallo reposa de manera autónoma en estas últimas”. CSJN, Bocaccio, Eduardo Manuel, Fallos 305:1694, (1983),

<sup>20</sup> A finales de la década de los ‘80, la CSJN sostuvo que “la citada afirmación no es más que un ‘óbito’, es decir un razonamiento que **no es relevante para la solución del caso** y que, por ello, carece de todo efecto normativo”. CSJN, Verbitsky, Horacio y otros s/denuncia apología del crimen, Fallos 312:916, (1989),

<sup>21</sup> Más recientemente, la CSJN calificó las expresiones obiter dictum como aquellas consideraciones que “han sido **innecesarias** para resolver fundadamente el asunto y que jamás hubiesen bastado por sí solas para sostener la decisión”. CSJN, Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro, Fallos 338:249, (2015),

<sup>22</sup> GARAY, ALBERTO F. , La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema, 2013, Abeledo Perrot, pág. 135.

<sup>23</sup> Con un poco más de precisión, en su voto concurrente en Fallos 313:1392, los jueces Augusto César Petracchi y Julio C. Oyhanarte sostuvieron que “las manifestaciones (...) tienen, como se infiere de la construcción lógica de la sentencia respectiva, el obvio carácter de opiniones ‘obiter dicta’, **o sea que no integran la ‘unidad lógico-jurídica’ que es la sentencia, pues no son ‘motivaciones’ que hayan servido de base a la decisión** (...) no forman parte, por ello, **de un precedente que sea invocable como tal y que posea autoridad institucional**”. CSJN, Riveros, Santiago Omar y otros s/ privación ilegal de la libertad, tormentos, homicidios, etc., Fallos 313:1392, (1990),

332:1963<sup>24</sup> y el juez Fayt en su voto en disidencia en Fallos 330:3248<sup>25</sup> han sido más precisos en la definición de las expresiones *obiter dictum*.

Siguiendo las pautas antes indicadas, y una vez identificados aquellos precedentes en los que el recurso al derecho internacional no convencional ha sido el elemento determinante para resolver la controversia traída a conocimiento de la Corte, se clasificaron los fallos según la problemática sometida a la consideración de la CSJN, a saber: (1) inmunidad de los embajadores u otros ministros diplomáticos extranjeros; (2) reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras; (3) contratos internacionales; (4) inmunidades de los Jefes de Estado extranjeros; (5) inmunidades de los Estados extranjeros; (6) derecho diplomático; (7) inmunidades de las organizaciones internacionales; (8) derecho penal, que incluye tres secciones (i) crímenes de lesa humanidad; (ii) extradición y (iii) hábeas corpus; (9) deuda soberana/emergencia económica; y (10) derecho laboral. Un análisis detallado de esos fallos se encuentra agregado como Anexo A de esta tesis.

### *1. c La hipótesis de esta tesis*

Este trabajo parte de la hipótesis de que, desde los orígenes de nuestra República, el derecho de gentes ha sido utilizado por la Corte Suprema de Justicia argentina para

---

<sup>24</sup> La jueza Argibay sostuvo que “la Corte ha fijado pautas para el buen uso de sus precedentes, al explicar cómo deben entenderse las expresiones generales vertidas en sus sentencias, estableciendo que no cabe acordar carácter obligatorio para casos sucesivos a los términos generales contenidos en el fallo. Así en la resolución tomada en el expediente ‘Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo’ (Fallos: 33:162) sostuvo que: ‘Cualquiera sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan’. Este distingo responde a la diferencia entre las expresiones generales u *obiter dicta* y aquellas otras que conforman el argumento central que sustenta la decisión. Las primeras, de acuerdo con ‘Municipalidad de la Capital c/Isabel A. Elortondo’, no pueden ser utilizadas para obligarla en otras decisiones” (considerando 10). CSJN, Arriola Sebastián y otros s/causa N° 9080, Fallos 332:1963, (2009),

<sup>25</sup> El juez Fayt brindó una definición parcialmente distinta al sostener que “vale recordar que para extraer el holding del caso debe tenerse siempre en cuenta, entre otras pautas, cuáles son los hechos que allí se plantearon y los principios jurídicos que, como es lógico, exclusivamente a ellos pudieron vincularse. En tales condiciones, el párrafo 41 del caso ‘Barrios Altos’ constituyó respecto de otros institutos que no se caracterizaron por las especificidades propias de las leyes de autoamnistía sólo un *obiter dictum* que, como tal, no integró la regla por el que se decidió el caso y, consiguientemente, no pudo ser capaz de generar las consecuencias que el a quo propugna”. De este modo, el juez Fayt recordó la importancia de los hechos a los fines de distinguir entre el *holding* y las consideraciones efectuadas a modo de *obiter dictum* en una sentencia judicial. CSJN, Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad, Fallos 330:3248, (2007),

resolver casos de gran relevancia institucional en distintas áreas de derecho sin que exista acuerdo sobre la noción del derecho de gentes, el rol del Poder Judicial en la materia, el estándar de prueba, la jerarquía del derecho de gentes y la necesidad (o no) de compatibilizar dichas normas con los principios de derecho público de nuestro país.

La lectura y el estudio de los precedentes de la Corte detallados en el Anexo A de este trabajo han permitido, en primer lugar, corroborar que el recurso al derecho de gentes para resolver disputas sometidas a la Corte Suprema es más frecuente de lo inicialmente intuido y se ha mantenido relativamente constante desde la puesta en funcionamiento de la Corte (con la excepción de un pico que tuvo lugar en el año 2010), tal como queda demostrado en el gráfico acompañado como Anexo B de esta tesis.

En segundo lugar, los precedentes del Tribunal han corroborado la existencia de problemas transversales a todas las áreas antes mencionadas. Es por ello que el objetivo de esta tesis es demostrar que existe gran incertidumbre en torno a las siguientes cuestiones y realizar una propuesta de solución:

1. El alcance de la jurisdicción de los tribunales federales así como la correlativa legitimación de los individuos en caso de violaciones a normas no convencionales de derecho internacional público.
2. Las atribuciones del Poder Judicial, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en materia de incorporación de normas del derecho de gentes.
3. El estándar de prueba que deben utilizar los jueces para incorporar normas de derecho de gentes en el ámbito doméstico.
4. La jerarquía de estas normas en el derecho interno argentino.
5. La necesidad de que los jueces verifiquen la compatibilidad de una norma de derecho de gentes con los principios de derecho público argentino antes de proceder a resolver un caso fundando en una norma de dicho carácter.

Cada uno de los problemas antes indicados será tratado en un capítulo separado de esta tesis. De este modo, el trabajo se estructura en siete capítulos. El Capítulo I se refiere a la regulación constitucional y legal del derecho de gentes. El Capítulo II propone una definición de derecho de gentes. El Capítulo III estudia si el Poder Judicial de la Nación se encuentra habilitado constitucionalmente para incorporar por sí solo normas de derecho de gentes en el derecho interno argentino. El Capítulo IV, partiendo de una respuesta positiva al interrogante planteado en el Capítulo III, especifica el estándar de prueba que debe alcanzarse para dicha incorporación. El Capítulo V indaga sobre la necesidad, al momento de incorporar normas de derecho de gentes al ordenamiento



jurídico argentino, de comprobar la compatibilidad de ese derecho con los principios de derecho público de nuestra Constitución. Por último, el Capítulo VI estudia la jerarquía del derecho de gentes en el derecho interno argentino y el Capítulo VII presenta conclusiones.

#### *1.d La relevancia de esta tesis*

Responder las preguntas que se plantean en esta tesis tiene importancia por el número creciente de casos internacionales en los tribunales en casi todas las áreas del derecho, la relativa falta de familiaridad de los jueces con el derecho internacional y la frecuente dependencia de las cortes en las opiniones académicas en los casos internacionales.

Por lo tanto, resolver la falta de certeza que existe en el área es esencial en el plano doméstico para una sociedad democrática que está cada vez más gobernada por el derecho internacional<sup>26</sup>. Además, adquirir mayor certeza en esta materia es también relevante en el plano internacional si consideramos que las decisiones judiciales de los tribunales nacionales pueden dar lugar a normas de derecho internacional consuetudinario vinculantes para el Estado<sup>27</sup>.

### *Sección II. Las fuentes normativas del derecho de gentes*

#### *II.a. Las fuentes del derecho de gentes en el derecho argentino*

Como se indicó en las páginas precedentes, la Constitución Nacional no regula la incorporación y jerarquía del derecho de gentes en el derecho interno argentino. Solo existe una única mención en el artículo 118 de la Constitución Nacional según el cual “todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca

---

<sup>26</sup> BRADLEY, CURTIS A.; GOLDSMITH, JACK L., Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position, 1997, Harvard Law Review, pág. 821; BORN, GARY, Customary International Law in United States Courts, 2017, Washington Law Review, pág. 1647/1648; NEUMAN, GERALD L., Sense and Nonsense about Customary International Law: A Response to Professors Bradley and Goldsmith, 1997, Fordham Law Review, pág. 384.

<sup>27</sup> Ello es así, cuanto las decisiones de las cortes domésticas constituyen medios para probar tanto la práctica de los Estados como la opinio iuris: los dos elementos que conforman las normas de derecho internacional consuetudinario. Ver, al respecto, GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA, 30.

en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, *contra el derecho de gentes*, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio” (el destacado es propio).

El referido artículo fue incorporado a nuestra Constitución Nacional -sin debate alguno- por la Convención Constituyente de 1853, con el número 99. El texto de 1853 es casi idéntico al artículo 62 del Proyecto de Constitución de Gorostiaga<sup>28</sup> y no tiene antecedente en el proyecto de Juan Bautista Alberdi ni en el de Pedro de Angelis. Sin embargo, aun cuando no aparece en su texto ninguna mención al derecho de gentes, en las frustradas Constituciones unitarias de 1819<sup>29</sup> y 1826<sup>30</sup> se hizo una referencia a los “crímenes cometidos contra el derecho público de las naciones”, mención que puede considerarse análoga a la expresión “crímenes contra el derecho de gentes”.

En el texto ordenado en 1860 se sustituyó la frase “límites de la Confederación” que empleaba el texto original por “límites de la Nación” y se otorgó al artículo el número 102. La reforma constitucional de 1949, que suprimió este artículo, quedó sin efecto en 1956 y la reforma constitucional de 1994 cambió su numeración convirtiéndose en el actual artículo 118. En la última reforma constitucional, si bien se introdujeron modificaciones importantes con relación a la jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución Nacional, no hubo debate alguno acerca de las fuentes no convencionales del derecho internacional público.

---

<sup>28</sup> El artículo 62 del Proyecto de Constitución de José Benjamín Gorostiaga de 1852 disponía que: “todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, se terminarán por jurados luego que establezcan en la Confederación Argentina este sistema de legislación criminal, cuya actuación se hará en la misma provincia en que se hubiese cometido el delito; pero cuando el crimen sea fuera de los límites de la Confederación contra el derecho de gentes, determinará el Congreso por una ley particular el lugar en que haya de seguirse el juicio”. Ver, al respecto, SAGÜES, NÉSTOR PEDRO Los delitos “contra el derecho de gentes” en la Constitución Argentina, 1992, El Derecho. Jurisprudencia general, pág. 936.

<sup>29</sup> En el artículo 98 de la Constitución unitaria de 1819 se indicó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación “conocerá en último recurso de todos los casos que descienden de Tratados hechos bajo la autoridad del Gobierno; **de los crímenes cometidos contra el derecho público de las naciones**, y de todos aquellos en que, según las leyes, haya lugar a los recursos de segunda suplicación, nulidad o injusticia notoria” (el destacado es añadido).

<sup>30</sup> En el artículo 123 de la Constitución unitaria de 1826 se dispuso que la Corte Suprema de Justicia “conocerá en último grado de los recursos, que en los casos y forma, que la ley designe, se eleven de los tribunales subalternos y en las causas de almirantazgo, de todos los negocios contenciosos de hacienda, y de los **crímenes cometidos contra el derecho público de las naciones**” (el destacado es añadido).

En la doctrina argentina existen cuatro posturas respecto de las fuentes del artículo 118 de nuestra Constitución Nacional. Para una primera postura<sup>31</sup>, el origen de este artículo se encuentra en el artículo 3, sección 2, inciso 3 de la Constitución de los Estados Unidos de América. Para una segunda postura<sup>32</sup>, su origen se remonta tanto a la referida cláusula como al artículo 117 de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Venezuela de 1811. Para una tercera postura, la fuente del artículo 118 reside exclusivamente en la Constitución de Venezuela de 1811, de casi idéntica redacción<sup>33</sup>. Por último, hay quienes sostienen que la fuente del actual artículo 118 de la Constitución Nacional es la *Judiciary Act* sancionada en los Estados Unidos de América en 1789<sup>34</sup>.

Por su parte, a nivel legislativo, la ley 48, sancionada el 25 de agosto de 1863 para regular la jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales, contiene dos referencias al derecho de gentes.

En primer lugar, el artículo 1º inciso 3º establece que: “la Suprema Corte de Justicia Nacional conocerá en primera instancia (...) De las causas concernientes a Embajadores u otros Ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la Legación, a los individuos de su familia, o sirvientes domésticos, ***del modo que una Corte de Justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes***”. De esta manera, el artículo 1º inciso 3º de la ley 48 puede ser entendido como una ampliación de la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación conferida en el actual artículo 116 de la Constitución Nacional<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL, Tratado de Derecho Constitucional, 1999, Ediciones Depalma, pág. 617; ARTABE, EUGENIA, Derecho de gentes, GARGARELLA, ROBERTO, GUIDI, SEBASTIÁN, Comentarios de la Constitución Argentina. Jurisprudencia y Doctrina: Una Mirada Igualitaria, 2016, La Ley, pág. 107. DEL CASTILLO, LILIAN, El Derecho Internacional en la Práctica Argentina, 2012, Errepar, pág. 5; DE VEDIA, AGUSTÍN, Constitución Argentina, 1907, Editorial Imprenta y Casa Editora de Coni Hermanos, pág. 552; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, 2008, La Ley, pág. 571; QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, Constitución de la Nación Argentina Comentada, 2007, Zavalia, pág. 605; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, Derecho de gentes, crímenes de lesa humanidad e imprescriptibilidad, 2005, JA 2005-I, pág. 1138.

<sup>32</sup> SECO VILLALBA, JOSÉ ARMANDO, Fuentes de la Constitución Argentina, 1943, Depalma, pág. 225.. PADILLA, ALEJANDRO JORGE, Un aporte al estudio de los antecedentes del artículo 118 de la Constitución Nacional, 2001, Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, pág. 13; SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO 936.

<sup>33</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN J., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, 2009, Ediar, pág. 182.

<sup>34</sup> COLAUTTI, CARLOS E., El artículo 118 de la Constitución Nacional y la jurisdicción extraterritorial, 1988, Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, pág. 30.

<sup>35</sup> El actual artículo 116 de la Constitución Nacional establece que “corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75:

En segundo lugar, según el artículo 21 de la ley 48, “los Tribunales y Jueces Nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los Tratados con Naciones extranjeras, las leyes particulares de las Provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y *los principios del derecho de gentes*, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento *en el orden de prelación que va establecido*” (el destacado es propio).

Además, el decreto-ley 1285 dictado en 1958, que reorganizó la justicia nacional dispone, en su artículo 24 inciso 1º, que “La Corte Suprema de Justicia conocerá: (...) Originaria y exclusivamente, en todos los asuntos que versen entre dos (2) o más provincias y los civiles entre una (1) provincia y algún vecino o vecinos de otra o ciudadanos o súbditos extranjeros; de aquellos que versen entre una (1) provincia y un (1) Estado extranjero; de las causas concernientes a embajadores u otros ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la legación y a los individuos de su familia, del modo que una corte de justicia puede *proceder con arreglo al derecho de gentes*; y de las causas que versen sobre privilegios y exenciones de los cónsules extranjeros en su carácter público (...) Son causas concernientes a embajadores o ministros plenipotenciarios extranjeros, las que les afecten directamente por debatirse en ellas derechos que les asisten o porque comprometen su responsabilidad, así como las que en la misma forma *afecten a las personas de su familia, o al personal de la embajada o legación que tenga carácter diplomático*” (el destacado me pertenece).

Por último, el artículo 218 del Código Penal argentino establece, al regular el delito de traición, que las penas dispuestas para dicho delito se aplicarán a los extranjeros

---

y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”. La ampliación de la competencia de la Corte conferida por el artículo 116 de la Constitución Nacional que tuvo lugar por medio del artículo 1º, inciso 3º de la ley 48 no estuvo carente de objeciones. Al respecto, el Procurador General ante la CSJN, el Sr. Juan Álvarez (en un dictamen que no fue compartido por la Corte) sostuvo que la adición efectuada por la ley 48 (artículo 1º, inciso 3º) no era obligatoria para la CSJN. En efecto, para el Sr. Procurador General “las facultades conferidas por nuestro Estatuto Fundamental a cada uno de los poderes del Estado no podían ser alteradas por obra de otro poder, ni aun a título de mera aclaración, pues el único procedimiento para ampliarlas o reducirlas había de buscarse en una reforma de la Constitución”. CSJN, Quelle, Jesús s. lesiones, Fallos 175:344, (1936). Esta posición fue compartida por el voto disidente de los jueces Risolía y Argúas en Fallos 284:28. CSJN, Enrique Mariano Martínez v. José Ignacio Ramos, Fallos 284:28, (1972).

residentes en territorio argentino “salvo lo establecido por los tratados o por el derecho de gentes”.

Por lo tanto, si bien nuestros constituyentes incluyeron una única referencia al derecho de gentes en nuestra Constitución Nacional, sin especificar ni cómo se incorpora dicho derecho ni qué jerarquía tiene en nuestro ordenamiento, el legislador -al momento de organizar la justicia nacional- se valió del derecho de gentes de dos maneras distintas. Por un lado, entendió que este derecho determina el alcance de la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para conocer en instancia originaria de las causas concernientes a embajadores u otros ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la legación y a los individuos de su familia (artículo 24 inciso 1º, decreto-ley 1285/1958)<sup>36</sup>. Por el otro, indicó que los principios de derecho de gentes son una fuente de derecho aplicable por todos los tribunales y jueces nacionales en el orden de prelación que él mismo estableció (artículo 21, ley 48).

## *II.b. El derecho de gentes en el derecho de los Estados Unidos de América*

Como se indicó en el apartado anterior, la mayoría de la doctrina argentina entiende que la fuente del artículo 118 de la Constitución Nacional se encuentra en el derecho de los Estados Unidos de América. En relación con dicho ordenamiento jurídico, cabe destacar que la Constitución de dicho país tampoco regula la incorporación y jerarquía del derecho de gentes en su derecho doméstico. De este modo, si bien dispone que los tratados son parte de la ley suprema de la Nación, lo que es la base de la jurisdicción federal establecida en su artículo III, mantiene silencio en relación con el estatus doméstico del derecho de gentes<sup>37</sup>.

Sin perjuicio de ello, existen dos menciones, una a nivel constitucional y la otra a nivel legal, que son relevantes para el objeto de este trabajo.

Por un lado, la Constitución de Estados Unidos se refiere al derecho de gentes cuando especifica las atribuciones otorgadas al Congreso de la Nación. Así, el artículo I sección

---

<sup>36</sup> El artículo 1º inciso 3º de la ley 48 hacía referencia también a los sirvientes domésticos de embajadores u otros ministros diplomáticos extranjeros. Sin embargo, cabe entender que dicha norma quedó derogada por el artículo 67 del decreto-ley 1285/1958 en cuanto dispuso que “queda derogada (...) cualquier otra disposición en cuanto se oponga al presente decreto ley”. El decreto-ley 1285 no solo eliminó la referencia al personal doméstico sino que también aclaró que correspondía entender que son causas concernientes a embajadores o ministros plenipotenciarios extranjeros únicamente las que afecten al personal de la embajada o legación que tenga carácter diplomático.

<sup>37</sup> BRADLEY, CURTIS A.; GOLDSMITH, JACK L., Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position, 1997, Harvard Law Review, pág. 819.

8 inciso 10 dispone que “el Congreso tendrá facultad (...) *Para definir y castigar la piratería y otros delitos graves cometidos en alta mar y violaciones al derecho de gentes*” (el destacado me pertenece)<sup>38</sup>. Además, cabe destacar el texto del artículo III sección 2 inciso 3 de la Constitución de Estados Unidos que, si bien no menciona al derecho de gentes, guarda similitudes con el artículo 118 de la Constitución Nacional. En efecto, dicho artículo establece: “todos los delitos serán juzgados por medio de un jurado excepto en los casos de acusación por responsabilidades oficiales, y el juicio de que se habla tendrá lugar en el Estado en que el delito se haya cometido; pero cuando no se haya cometido dentro de los límites de ningún Estado, el juicio se celebrará en el lugar o lugares que el Congreso haya dispuesto por medio de una ley”<sup>39</sup>.

A nivel legal, la *Alien Tort Statute* o ATS (Estatuto de Reclamación por Agravios contra Extranjeros) que era parte originalmente de la *Judiciary Act* de 1789<sup>40</sup> (capítulo 20, artículo 9) -y es considerada por algunos doctrinarios la fuente de nuestra ley 48<sup>41</sup>- se refiere al derecho de gentes. Actualmente, con algunos cambios respecto de su redacción original, la ATS dispone que las Cortes Federales de Distrito de Estados Unidos tendrán jurisdicción originaria en toda acción civil entablada por un extranjero por un agravio solamente, cometido en violación del derecho de gentes o de un tratado de los Estados Unidos<sup>42</sup> (28 United States Code ¶1350).

En conclusión, en los Estados Unidos de América existe una única referencia al derecho de gentes en su constitución cuando se enumeran las atribuciones del Congreso de la Nación, facultado para definir y castigar los delitos cometidos contra dicho derecho. A diferencia de nuestro texto constitucional, la Constitución de los Estados Unidos no

---

<sup>38</sup> En su idioma original, el artículo I, sección 8 inciso 10 de la Constitución de los Estados Unidos de América dispone que: “*The Congress shall have Power To (...) define and punish Piracies and Felonies committed on the high Seas, and Offences against the Law of Nations*”.

<sup>39</sup> En su idioma original, el artículo III, sección 2 inciso 3 de la Constitución de los Estados Unidos de América dispone que: “*The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed*”.

<sup>40</sup> En su redacción y su idioma original, la ATS disponía que: “*the district courts shall have cognizance (...) concurrent with the courts of the several States, or the circuit courts, as the case may be, of all causes where an alien sues for a tort only in violation of the law of nations or a treaty of the United States*”.

<sup>41</sup> EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL, 620; COLAUTTI, CARLOS E., 30.

<sup>42</sup> En su idioma original, en la actualidad, la ATS dispone que “*the district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States*”.

menciona el derecho de gentes en su artículo III sección 2 inciso 3 cuando regula el juicio por jurados. A nivel legal, al ATS confiere a las cortes federales jurisdicción para conocer en acciones civiles entabladas por extranjeros a raíz de violaciones a dicho derecho.

#### *II.c. El derecho de gentes en la Constitución de Venezuela de 1811*

Como vimos anteriormente, otro de los textos señalados como fuente del artículo 118 de nuestra Constitución Nacional es la Constitución de Venezuela de 1811. Dicha Constitución tampoco -al igual que las Constituciones de la República Argentina y de los Estados Unidos- reguló la incorporación y jerarquía del derecho de gentes en su derecho interno. Sin embargo, contenía dos referencias que son importantes para este trabajo.

En primer lugar, el artículo 71 inciso 13 establecía que: “El Congreso tendrá pleno poder y autoridad: (...) ***De hacer leyes sobre el modo de juzgar y castigar las piraterías y todos los atentados cometidos en alta mar contra el derecho de gentes***” (el destacado me pertenece).

Por otro lado, el artículo 117 de ese texto constitucional disponía que: “todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Representantes por el párrafo cuarenta y cuatro, se terminarán por jurados luego que se establezca en Venezuela este sistema de legislación criminal, cuyo delito; ***pero cuando el crimen sea fuera de los límites de la Confederación contra el derecho de gentes, determinara el Congreso por una ley particular el lugar en que haya seguirse el juicio***” (el destacado me pertenece).

#### *II.d. Conclusiones*

En relación con los orígenes históricos de la regulación del derecho de gentes en el derecho argentino, corresponde hacer las siguientes observaciones.

- A pesar de la inexistencia de debate en la Convención Constituyente en relación con este tema, puede entenderse que nuestro texto constitucional se inspiró en las Constituciones de los Estados Unidos y de Venezuela en relación con la regulación del derecho de gentes.
- El artículo 118 de la Constitución argentina es casi una copia textual del artículo III sección 2 inciso 3 de la Constitución de Estados Unidos con un agregado

inexistente en el texto en el cual se inspiró: la mención al derecho de gentes; agregado que sí existía en el texto de la Constitución de Venezuela de 1811<sup>43</sup>.

- A diferencia de las constituciones de los Estados Unidos (artículo I sección 8 inciso 10) y de Venezuela de 1811 (artículo 71 inciso 13), nuestro texto constitucional no incluyó ninguna referencia al derecho de gentes al regular las atribuciones del Congreso: la única mención que existe es en el actual artículo 118 que forma parte de la Sección Tercera, Capítulo II que enumera las atribuciones del Poder Judicial de la Nación.
- Por lo tanto, si bien tanto la Constitución de los Estados Unidos como la Constitución de Venezuela contenían una referencia al derecho de gentes como fuente de derecho penal, ambas preservan las facultades de sus respectivos Congresos para definir y castigar los delitos cometidos contra dicho derecho. Nuestros constituyentes solo se refirieron a los delitos contra el derecho de gentes al regular las atribuciones del Poder Judicial sin hacer reserva alguna de la facultad del Congreso de definir dichos delitos mediante leyes.
- Si bien se ha indicado que la fuente de la ley 48 fue la *Judiciary Act* de 1789, sus disposiciones, en relación con este tema, presentan notables diferencias. La ATS confiere una acción amplia que permite a todo extranjero iniciar ante las cortes federales una acción civil por violaciones cometidas contra el derecho de gentes. Como veremos a lo largo de esta tesis, la amplitud de esta norma ha sido objeto de tratamiento por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en diversos precedentes. Sin embargo, como surge de su mera lectura, la ATS se refiere a “delitos” o “violaciones” al derecho de gentes y, en ese sentido, se vuelve relevante en asuntos penales al igual que el artículo 118 de nuestra Constitución Nacional que también es aplicable a los “delitos contra el derecho de gentes”.

---

<sup>43</sup> Este agregado ha llevado a Ekmekdjian a sostener que el texto norteamericano tiene una mayor amplitud que el texto argentino. Ver, EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL, 617. Para otros, la diferencia más notable entre nuestro artículo 118 de la Constitución Nacional y la cláusula norteamericana es que en esta última no se exige que el delito cometido fuera de la jurisdicción de un Estado tenga que ser contra el derecho de gentes para que deba ser juzgado por jurados en la jurisdicción nacional. En cambio, en Argentina, si el delito cometido fuera de su territorio no viola el derecho de gentes, aunque viole el derecho nacional, está exento de la jurisdicción de nuestro país. Por ello, para Quiroga Lavié, “nuestra Constitución es en este artículo monista, pues hace depender la jurisdicción nacional de la violación del derecho de gentes y no sólo de nuestro derecho, cuando sea del caso que intervengan nuestros tribunales”. Ver, QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, 605-606.



- Por el contrario, en el marco de la ley 48, el derecho de gentes es aplicable a controversias de cualquier naturaleza. En efecto, en primer lugar, según el artículo 1º inciso 3º de la ley 48 (o el artículo 24 inciso 1º, decreto-ley 1285/1958), el derecho de gentes determina el alcance de la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia para conocer en instancia originaria de las causas concernientes a embajadores u otros ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la legación y a los individuos de su familia. Por ello, como veremos a lo largo de este trabajo, el derecho de gentes ha sido relevante para conocer en “todo asunto” concerniente a las personas referidas en dicha cláusula y no exclusivamente en relación con cuestiones penales. En segundo lugar, el artículo 21 de la ley 48 contiene una referencia a los principios de derecho de gentes que no tiene antecedente alguno en la legislación norteamericana. Así, dicha norma dispone que dichos principios son una fuente de derecho aplicable por todos los tribunales y jueces nacionales en el orden de prelación que él mismo estableció (artículo 21, ley 48). Este artículo, a diferencia de la ATS, no se limita a delitos o violaciones contra derecho de gentes sino que tiene un alcance mucho más amplio. Por ello, como surge de la jurisprudencia reseñada en el Anexo A, la incorporación como fuente de derecho de los principios de derecho de gentes le ha permitido a la Corte Suprema resolver un número considerable de controversias en asuntos de la más diversa índole con fundamento exclusivo en los principios de derecho de gentes que dicho Tribunal estimó aplicables.

Sin perjuicio de que mi objetivo no es determinar cuáles son las fuentes del derecho de gentes en la Constitución Nacional y nuestra legislación interna, considero que es relevante reseñar las diferencias destacadas anteriormente dado que éstas serán relevantes a la hora de abordar los temas que abarca este trabajo, en especial, nos ayudarán a desentrañar el concepto histórico y actual del derecho de gentes (capítulo II); a responder al interrogante acerca de la habilitación constitucional del Poder Judicial de la Nación para incorporar por sí solo normas de derecho de gentes en el derecho interno argentino (capítulo III); a comprender si existe una necesidad, al momento de incorporar normas de derecho de gentes al ordenamiento jurídico argentino, de comprobar la compatibilidad de ese derecho con los principios de derecho público de nuestra Constitución (capítulo V) así como a determinar la jerarquía del derecho de gentes en nuestro derecho interno (capítulo VI).