

CAPÍTULO SEGUNDO
LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL
POR EL DERECHO INTERNO.
LA PRÁCTICA INTERNACIONAL

I. Introducción	25
II. La recepción de los tratados internacionales	25
1. Holanda	26
2. Alemania	28
3. Francia.	30
4. Rusia.	34
5. Los Estados Unidos	35
6. El Reino Unido	39
7. América Latina	40
III. La recepción de la costumbre internacional.	44
IV. Acuerdos ejecutivos o interinstitucionales	54

CAPÍTULO SEGUNDO

LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL
POR EL DERECHO INTERNO. LA PRÁCTICA
INTERNACIONAL

I. INTRODUCCIÓN

Hay una tendencia en la práctica, bastante sana, a olvidarse de las diferentes teorías que explican la relación de derecho internacional y derecho interno. En la práctica de los Estados, nos encontramos con sistemas jurídicos diferentes y en donde el Estado tiene la capacidad de establecer la estructura jurídica que considere necesaria para la recepción del derecho internacional. Lo importante es el cumplimiento de las obligaciones que contrae.

A cada soberanía estatal corresponde contestar, como mínimo, una serie de cuestiones, tales como: ¿cómo se establecen los controles internos para permitir la adquisición de compromisos a nivel internacional?, ¿Qué órganos están capacitados para ello?, ¿Se requiere de actos legislativos para la validez de la normatividad internacional?, ¿Qué fuentes del derecho internacional son reconocidas por el orden jurídico interno?

A continuación hacemos un pequeño muestreo⁴⁵ respecto de los sistemas de recepción del derecho internacional, sobre todo en lo que toca al grado de aceptación de la normatividad internacional.

II. LA RECEPCIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

En la doctrina se pueden reconocer dos sistemas de recepción de los tratados: la doctrina de incorporación y la de transformación. La adopción de cualquiera de los dos sistemas tiene una gran relevancia. En el sis-

⁴⁵ Tomado de Denza Eileen, "The Relationship Between International and National Law", *International Law*, Oxford, Malcolm D. Evans, 2003, pp. 422-428.

tema de transformación las normas del tratado deben ser substituidas, a cualquier nivel en la jerarquía de las leyes internas y regulaciones, ya sea a nivel constitucional o a nivel de las leyes del legislativo. En cambio, en un sistema de incorporación, la norma internacional prevalece en derecho interno, y entra en vigor al mismo tiempo a nivel interno e internacional. El legislativo tiene la obligación de legislar para ejecutar el tratado y el ejecutivo de traer regulaciones administrativas para ejercitar el derecho interno de conformidad con las obligaciones internacionales.

1. *Holanda*

La Constitución de 1953, reformada en el año de 1983 y más tarde adicionada con el *Kingdom Act* de 1994 relativa a la aprobación y publicación de los tratados mediante la cual los Estados generales, es decir, el Parlamento, fortaleció su posición en relación con el proceso de elaboración de los tratados,⁴⁶ tiene una clara tendencia internacionalista, con un fuerte control de su órgano legislativo. Los tratados internacionales, aprobados por su Parlamento tienen una jerarquía superior a las leyes internas.

El poder de realizar tratados en el Reino de los Países Bajos esta compartido por el gobierno que a su vez esta compuesto de la monarquía (el rey o la reina) y el gabinete de ministros que obliga al Reino por un tratado y el Parlamento debe de aprobarlo. Sin embargo, en la práctica este poder de la monarquía esta atenuado, ya que mediante Decreto Real del 6 de marzo de 1950 se autoriza permanentemente al ministro de asuntos exteriores para concluir tratados que no requieren ratificación del rey.⁴⁷

A pesar de que el primer ministro tiene mucha influencia en asuntos internacionales, de acuerdo con la Constitución, requiere de autorización para firmar tratados. Ahora bien, el proceso de concretar tratados es de carácter colectivo, de responsabilidad del gobierno, ya que el Gabinete es el que establece las políticas y establece la coherencia en el proceso.⁴⁸ En caso de que el Gabinete decide formar parte de un tratado, este debe de someterse al Estado general, sin embargo, el Parlamento y sólo él, puede establecer

⁴⁶ Brouwer, J. G. "National Treaty Law and Practice: The Netherlands", *National Treaty Law and Practice*, Leiden, Boston, Duncan B. Hollis, Merritt Blakestee y C. Benjamin Ederigton, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 483-508.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 498.

⁴⁸ Artículo 45 de la Constitución del Reino de los Países Bajos.

qué tratados no requieren aprobación.⁴⁹ De aquí que el concepto de tratado es importante ya que una vez que un acuerdo cae en la definición requiere de aprobación parlamentaria. De acuerdo con el *Explanatory Memorandum on the Constitution* de 1983, un tratado es considerado como cualquier acuerdo, independientemente de su nombre o forma, que obliga al Reino de los Países Bajos, de acuerdo con el derecho internacional. Este concepto trae por consecuencia que se puedan realizar tratados con Estados y organizaciones internacionales y que se incluyan también los acuerdos orales como tratados internacionales.

La iniciación y conducción de la negociación de un tratado internacional es una materia del gobierno, sin embargo, hay una obligación por parte del Ministerio de Asuntos Exteriores de someter al Parlamento, una lista de borradores de los tratados que estén en curso su negociación.

Es interesante ver que si bien el ministro de asuntos exteriores conduce las negociaciones, la información y la coordinación la tienen el Departamento de Tratados del Ministerio de Asuntos Exteriores. Una vez que el texto de un acuerdo ha sido finalizado se somete al Consejo de Ministros para su aprobación.

Los tratados deben ser aprobados por los Estados generales⁵⁰ para que tengan validez. Hay una aprobación tácita de un tratado cuando dentro de 30 días de la sumisión de un tratado al Parlamento no haya ninguna respuesta. Sin embargo, alguna categoría de tratados están excluidos de aprobación parlamentaria, como lo veremos mas adelante.

Ahora bien, en lo que se refiere al lugar de los tratados en la jerarquía interna, no hay duda de que éstos tienen una prioridad sobre el derecho interno;⁵¹ esta postura incuestionablemente tiene su explicación en el hecho de que el Estado le debe su existencia formal a un tratado: la Convención de Viena de 1815.

En el caso de que alguna disposición del tratado tenga o pudiera tener conflicto con la Constitución, se requiere, para su aprobación, una mayoría de dos tercios en la Cámara de los Estados Generales.⁵²

⁴⁹ *Ibidem*, artículo 91.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ El artículo 66 de la Constitución del Reino de los Países Bajos establece la supremacía de los tratados, sobre las leyes nacionales; pero el artículo 91 condiciona esta supremacía, a la aprobación de los tratados por su Parlamento, como vimos antes.

⁵² Artículo 91 (3) de la Constitución del Reino de los Países Bajos.

En consecuencia, las Cortes holandesas no revisan la compatibilidad de tratado con la Constitución. Sin embargo, ellas sí interpretan y aplican los tratados como ley nacional. Los tratados y resoluciones de las organizaciones internacionales son obligatorios después de su publicación.

En general, es interesante notar cómo Holanda tiene una clara inclinación respecto del derecho internacional. El artículo 90 de la Constitución obliga al gobierno a promover el desarrollo de las normas del derecho internacional. El Parlamento, en el comité correspondiente, tiene juristas especializados que, junto con los negociadores, analizan los tratados internacionales, en forma detallada y, sobre todo, su impacto en la Constitución.

2. Alemania

La fórmula constitucional de recepción del derecho internacional de la Constitución alemana es bastante amplia. El documento constitucional *Grundgesetz*, la ley básica alemana (ley básica) establece en su artículo 25 “Las reglas generales del derecho internacional público deben ser parte integral de la ley federal. Deben prevalecer sobre las leyes y crear directamente derecho y obligaciones para los habitantes del territorio federal”.

De acuerdo con la ley básica, a través de la legislación se puede transferir poderes soberanos a las instituciones gubernamentales, en particular a la Unión Europea y a un sistema de seguridad colectiva a fin de mantener la paz y seguridad en Europa y otras naciones del mundo.⁵³

El presidente federal (*Bundespräsident*) representa a Alemania como jefe de Estado en sus relaciones internacionales y concluye tratados con los otros Estados. Sin embargo, la función de jefe de Estado, de acuerdo con la ley básica, es meramente formal y de naturaleza representativa. El presidente federal confiere plenos poderes para negociar y firmar tratados y el firma los instrumentos de ratificación o de adhesión; funciones que generalmente el realiza en el caso de tratados estatales que, de acuerdo con la práctica alemana se concluyen en representación del Estado. Entonces, de conformidad con la ley básica, los acuerdos internacionales se concluyen por el ejecutivo que está formado por el presidente federal y el gobierno federal (esto mismo lo reconoce la ley básica de la República de Alemania del 23 de mayo de 1949).

⁵³ *To bring about and secure a peaceful and lasting order in Europe and among the nations of the world* (artículos 23 y 24 de la ley básica).

Como se vio, de acuerdo con la ley básica, las reglas generales del derecho internacional público son una parte integral del cuerpo de la ley federal. Los tratados que requieren una aprobación del Parlamento están incorporados a la ley nacional por medio de leyes de aprobación que establecen la validez y aplicación interna de los tratados en cuestión.⁵⁴

Los tratados normativos que regulan materias legislativas pueden ser ejecutados sobre la base de regulaciones estatutarias (*Rechtsverordnungen*) emitidas por el gobierno federal o de un sólo ministerio federal si existe una autorización *ad hoc* basada en una ley regular. Otros tratados son internamente aplicados sólo con la base de su publicación sin una autorización expresa o con una orden de aplicación o con base en instrucciones dirigidas a las autoridades administrativas encargadas de aplicar las obligaciones internacionales.

La aplicación de los acuerdos multilaterales y bilaterales frecuentemente no le corresponde a la jurisdicción de una simple autoridad u oficina. Por otra parte, la competencia de los Estados miembros de la Comunidad Europea (CE) para realizar acuerdos internacionales sobre objetos materia cubierta por el tratado de la CE ha pasado a la misma comunidad de acuerdo con el artículo 300 (1) del mismo tratado.

Si bien estrictamente hablando no hay un control parlamentario antes de la ratificación de un tratado, el gobierno está interesado en informar al Parlamento para asegurar su cooperación.

El Parlamento, por otro lado, aprueba los tratados normativos (aquellos que no pueden tener efectos obligatorios sin una especial orden del legislativo o que no pueden tener aplicación sin una base legal porque afecta la legislación federal) y los políticos (aquellos a los cuales el Estado alemán les concede un alto carácter político).

La autorización parlamentaria de un tratado se da cuando sea necesario, en la forma de una ley accesoria en la cual ambas cámaras del Parlamento cooperan (*Bundestag* y el *Bundesrat*); las leyes de aprobación tienen una doble naturaleza, por un lado, ellas autorizan al presidente federal a firmar el instrumento de ratificación (y a el gobierno para depositarlo) y por el otro, transforman el tratado dentro de una ley nacional alemana. En el caso de que las disposiciones de un tratado afecten las leyes existentes o requieran, a su vez, nuevas disposiciones legales, se introduce una ley separada.

⁵⁴ Artículo 59 (2) de la ley básica.

Las reformas y extensiones de los tratados ya aprobados requieren aprobación del Parlamento. En cambio, la denuncia de un tratado es de responsabilidad exclusiva del Ejecutivo, en este caso, el Parlamento no es consultado.

A pesar de que legalmente no hay obligación de consultas populares sobre los tratados internacionales, el público se consulta a través de órganos representativos como las cámaras de comercio, las asociaciones, los sindicatos y otras organizaciones que representen el interés público. Por otra parte, el juez tiene una participación destacada, aplica e interpreta los tratados.

Los *Länder* tienen un poder limitado para concluir tratados en nombre y derecho propio,⁵⁵ requieren la aprobación del gobierno federal y bajo el artículo 32 (2) de la *Basic Law*, un *Land* debe ser consultado con prioridad a la realización de un tratado en el caso de que tal tratado afecte las circunstancias especiales de tal *Land*. A ésto nos referimos también más tarde.

3. Francia

La Constitución francesa del 4 de octubre de 1958 dedica una sección de cuatro artículos (sección VI a los tratados y los acuerdos interinstitucionales):⁵⁶ el artículo 52 se refiere a la autoridad del presidente de la República, el artículo 53 a la intervención del Parlamento que puede ser reemplazado por una consulta directa de los ciudadanos, de conformidad con el artículo 11 de la Constitución. El artículo 54 indica cuando la Constitución debe ser reformada, y el artículo 55 determina el estatus de los acuerdos internacionales en el derecho interno.

También es importante la *Circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux*⁵⁷ que es una guía de elaboración de tratados emitida por el primer ministro francés. El derecho francés reconoce dos tipos de acuerdos internacionales: los tratados (*traités*) y los acuerdos internacionales (*accords internationaux*). La diferencia estriba en que mientras los tratados son negociados y ratificados por el pre-

⁵⁵ *Ibidem*, artículo 32-3.

⁵⁶ Tomado de Eisemann *et al.*, "National Treaty Law and Practice: France", *National Treaty Law and Practice*, Hollis, Duncan B. *op. cit.*, nota 46, pp. 253-316.

⁵⁷ *Journal Officiel de la République Française*, 31 de mayo 1997, p. 8415.

sidente de la República en representación del Estado, los acuerdos internacionales son negociados por el gobierno y después aprobados, no ratificados por él. Sin embargo, la Constitución no especifica qué acuerdos deben ser ratificados y cuales aprobados, mas bien se determina que un tratado debe de ser realizado en una forma solemne de acuerdo a los siguientes criterios:

- Una práctica previa.
- La necesidad, de la otra parte, de usar tal procedimiento.
- Consideración de política que lleva a conceder solemnidad al acuerdo.

Sin embargo, tanto la ratificación como la aprobación están sujetas a las mismas condiciones: de acuerdo con el artículo 53, los tratados, como acuerdos internacionales, pueden requerir autorización previa a su ratificación o aprobación por el Ejecutivo; además, ya que tanto la ratificación como la aprobación expresan un consentimiento a ser obligatorias, las consecuencias internacionales son las mismas.

De conformidad con la Constitución de 1958 “El presidente de la República negocia y ratifica los tratados y debe ser informado de todas las negociaciones para la conclusión de un acuerdo internacional no sujeto a ratificación”.⁵⁸ En virtud de tal disposición, el presidente tiene la facultad de negociar y ratificar los tratados, pero tal facultad puede ser delegada (en la práctica esto es lo común).

El Parlamento nunca toma parte en el proceso de negociación, ni tampoco juega un papel oficial en la iniciación de negociaciones que lleven a un acuerdo internacional. Sin duda una de las funciones esenciales del Parlamento es el control del otro poder; en este caso la política exterior es parte de su control. De esta manera es usual que miembros del Parlamento tienen el derecho de cuestionar, por escrito u oralmente al gobierno en relación con los acuerdos internacionales en proceso de negociación.

Además, de acuerdo con el artículo 53 constitucional, algunos acuerdos internacionales requieren autorización legislativa previa a la ratificación o aprobación por el Ejecutivo, como podemos desprender de la transcripción de dicho artículo:

⁵⁸ Artículo 52 de la Constitución francesa.

Los tratados de paz, los tratados de comercio, los tratados o acuerdos relativos a las organizaciones internacionales, aquellos que comprometen las finanzas del Estado, aquellos que modifiquen las disposiciones de naturaleza legislativa, aquellos que se refieran al estatus de las personas y aquellos que involucren la cesión, intercambio o adición de territorio, sólo pueden ser ratificados o aprobados mediante una ley.⁵⁹

Este es un ejemplo de cooperación o de contrabalanza entre los poderes Legislativo y Ejecutivo y por supuesto el artículo 53 esta sujeto a interpretación del Judicial. También existen ocasiones en que el gobierno consulte al Parlamento en vistas de conocer la opinión sobre un tratado internacional. En virtud del artículo 11 de la misma Constitución francesa, hay posibilidad de que el presidente recurra al referéndum sobre la posibilidad de ratificar o aprobar un tratado ya firmado.⁶⁰

Por otra parte, la Constitución francesa contiene dos procedimientos ante el Consejo Constitucional para asegurar que los tratados y los acuerdos internacionales están conformes con la Constitución. El primero se contiene en el artículo 54 que establece:

Si el Consejo Constitucional, a petición del presidente de la República, del primer ministro, del presidente de una u otra asamblea, o de sesenta diputados o sesenta senadores, ha declarado que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución la autorización para ratificar o aprobar el compromiso internacional en cuestión, sólo se puede dar después de reforma de la Constitución.

El segundo procedimiento está contenido en el artículo 61, se refiere a la posibilidad de que el Parlamento autorice la ratificación o aprobación de un tratado o de un acuerdo internacional, para lo cual debe ser enviado al Consejo Constitucional. En tal caso, si un acuerdo internacional que requiere aprobación parlamentaria contiene una disposición que no va de acuerdo con la Constitución, el Consejo puede declarar inconstitucional el

⁵⁹ Traducción de MBR.

⁶⁰ *Article 11. Le président de la République, sur proposition du gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal Officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, comportant approbation d'un accord de Communauté ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions...*

reglamento que autoriza la ratificación o aprobación del acuerdo. Sin embargo, si la autorización se da, no a través de un reglamento, sino a través de referéndum, el Consejo Constitucional no tiene jurisdicción para controlar su conformidad con la Constitución.

Por otro lado, el derecho francés no contiene bases para atacar la constitucionalidad de un acuerdo después de su aprobación o ratificación por el Ejecutivo, el Consejo constitucional no tiene tal jurisdicción.

En lo que toca a los efectos internos, el artículo 55 de la Constitución francesa establece que “los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, a partir de sus publicación, una autoridad superior a la de la ley, a reserva, de cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”.⁶¹

En la práctica, el Ministerio para Asuntos Internacionales puede emitir interpretaciones de las disposiciones de un tratado dirigidas a una Corte, y esta interpretación puede ser invocada en posteriores casos relativos a la misma disposición si es de aplicación general y es obligatoria para la Corte.

Ahora bien, en lo que toca a la relación entre tratado internacional y Constitución, tanto la Constitución francesa como la alemana fueron reformadas antes de que se ratificara el tratado de Maastricht que creó la Unión Europea, para que éste no se colisionara con la Constitución. Lo mismo sucedió con la Constitución del Reino Unido de la Gran Bretaña, que fue reformada para hacer posible la aceptación de la *European Communities Act* de 1972.

De acuerdo con lo anterior, los tratados internacionales son automáticamente aplicados en el sistema jurídico interno y no se requiere ningún elemento legislativo o administrativo de aplicación adicional. Los tratados se publican con todos sus anexos y reservas, asimismo la terminación de un acuerdo se publica en el *Journal Officiel de la République Française*. La no publicación neutraliza los efectos internamente del tratado.

Ahora bien, los jueces tiene un gran margen de apreciación en el momento de invocar un tratado o acuerdo internacional ya que si este no es suficientemente claro no puede ser aplicado por el juez y lo mismo si el acuerdo no es de carácter autoejecutivo y que por tal razón requiere medidas adicionales. Por ejemplo, la *Cour de Cassation* declaró que la Convención Internacional sobre la Protección de Derechos de los Niños de 26 de

⁶¹ Rials, Stéphane, *Textes Constitutionnels français, Que sais-je?* 8a. ed. París, Presses Universitaires de France, 1992, p. 108.

enero de 1990 no tiene efectos directos sobre los individuos y obliga sólo a los Estados.⁶²

4. *Rusia*

Algunas disposiciones que parecían no claras en la Constitución de 1993, fueron aclaradas por la Ley Federal sobre los Tratados Internacionales de 1995. Para que un tratado tenga fuerza jurídica obligatoria es necesaria su publicación. Los principios generalmente reconocidos y los tratados internacionales de la Federación rusa constituyen parte del sistema legal. Si un tratado internacional de la Federación rusa establece otra regla diferente a aquellas estipuladas por las leyes, prevalecen las normas del tratado.⁶³

Es interesante notar cómo esta norma constitucional tiene mejor técnica jurídica que la de otras constituciones más antiguas, al hacer mención a la costumbre internacional.

Sin embargo, de acuerdo a los comentaristas de la Constitución, el artículo 15.4 no le da prioridad al derecho internacional sobre la Constitución. La Corte constitucional Rusa puede revisar la compatibilidad de los tratados internacionales con la Constitución, tanto antes de que entren en vigor, como de aquellos que ya están en vigor.⁶⁴

Por otra parte, Rusia da la prioridad de tratados y costumbre internacional frente a una ley interna que se le oponga. La Constitución también garantiza los derechos humanos de conformidad con los principios generalmente reconocidos de derecho internacional. En el caso relativo a ciertos actos normativos de la ciudad de Moscú y algunas regiones, la Corte constitucional rusa revisó la legalidad de los actos locales, relativos a los permisos de residencia, requerido a la luz del artículo 17, al que nos referiremos más adelante.

La Corte estableció que estos actos eran en contra del derecho de libre movimiento y de decisión de escoger el lugar de residencia, que está garantizado por el artículo 12 de la Convención sobre Derechos Políticos y Civiles de Derechos Humanos y por los principios generales del derecho internacional.

⁶² Véase de Eisemann, Pierre Michael y Rivier Raphaële, “National Treaty Law and Practice: France”, *National Treaty Law and Practice*, *op. cit.*, nota 56, p. 268.

⁶³ Artículo 15.4 Constitución rusa.

⁶⁴ Danilenco, G., “The New Russian Constitution and International Law”, 88, *AJIL* 45 1994; “Implementation of International Law in CIS States: Theory and Practice”, 10 *EJIL*, 51, 1999.

5. Los Estados Unidos

En los Estados Unidos, los tribunales han jugado un papel muy importante en la estructuración de la postura para interpretar el lugar del derecho internacional en el sistema jurídico interno. La doctrina jurídica y la práctica de los tribunales oscilan entre una posición a favor del derecho internacional a una posición cerrada.⁶⁵ Ya desde principios del siglo XX, la Suprema Corte estableció que “*International law is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice of appropriate jurisdiction, as often as questions of rights depending upon it are duly presented for their determination*”.⁶⁶

Ya anteriormente se había expresado esta postura, en forma más amplia y detallada, en las palabras de Gray:

...el derecho internacional, en su sentido más amplio y comprensivo (que incluye no sólo cuestiones de derechos entre las naciones, regulado por lo que propiamente se ha denominado el derecho de las naciones, sino también cuestiones surgidas bajo lo que se ha llamado derecho internacional privado, o conflicto de leyes, y relativo al derecho de las personas dentro del territorio y el dominio de una nación por razones de actos públicos o privados ocurridos dentro del dominio de otra nación) es parte de nuestro derecho, y debe de ser averiguado y administrado por las cortes de justicia, en la medida de que tales cuestiones, debidamente sometidos a su juicio, se presenten en litigios entre los hombres.⁶⁷

⁶⁵ Véase Hogju Koh, Harold, “International Law as Part of Our Law”, *American Journal of International Law*, vol. 98, núm. 1, enero 2004, pp. 42-57. El autor muestra como en algunas decisiones de las cortes estadounidenses se ha decidido en contrario a la práctica internacional y el esta a favor, precisamente de abrirse al derecho internacional ya que “*particular provisions of our constitution should be construed with decent respect for international and comparative law*”. Hay otros académicos dentro de los Estados Unidos que abogan y dan sus razones por una postura interna. “*If we all comparativist the result will by no means herald a capacious embracement of civil liberties in this country*”. En la misma revista Alford, Roger P., “Misusing International Sources to Interpret the Constitution”, pp. 57-69.

⁶⁶ The Paquete Habana, 175 (US 677, 700 [1900]) tomado de Hongju Koh, *op. cit.*, nota 65, p. 43.

⁶⁷ El texto en inglés es “*International law, in its widest and most comprehensive sense—including not only questions of rights between nations, governed by what has been appropriately called the law of nations, but also questions arising under what is usually called private international law, or the conflict of laws, and concerning the rights of per-*

Por su parte, la Constitución estadounidense de 1787 establecía en su artículo II, sección 2, “...*shall have Power and with advise and consent of the Senate, to make treaties, provided two thirds of the senators present concur...*”.

Sin embargo, el primer presidente de los Estados Unidos, G. Washington, limito la consulta solamente a la aprobación del Senado.

El artículo VI sección 2 establece, en una formula que después fue tomada por la Constitución mexicana, y por otras constituciones de América Latina que dice:

Esta constitución y las leyes de los Estados Unidos que se dicten con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, no obstante cualquier disposición en contrario en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado.⁶⁸

Así, el derecho internacional fue aceptado como parte del derecho de los estados individuales, y después como parte del derecho federal, aparentemente, sin la necesidad de incorporación por el Congreso o por el presidente. Sin embargo, los tratados internacionales están sujetos al marco constitucional y a nivel nacional prevalece una ley de los Estados Unidos posterior al tratado y tienen ampliamente desarrollada la doctrina de los acuerdos auto-ejecutivos que establece que si un tratado después de aprobación por el órgano legislativo *ipso facto* se le da estatus de ley interna es un tratado auto ejecutivo, a diferencia de los tratados que requieren un acto legislativo posterior a la ratificación que son los acuerdos o tratados no au-

sons within the territory and dominion of one nation, by reason of acts, private or public, done within the dominions of another nations— is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice, as often as such questions are presented in litigations between man and man, duly submitted to their determination”. *Hiltonh vs. Guyot*, 1959, U.S. 113 (1895). Tomado de Hongju Koh, *op. cit.*, nota 65, p. 43.

⁶⁸ En su version original es “This Constitution, and the laws of the states which shall be made in pursuance thereof, and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the Supreme Law of the land, and the Judges in every State shall be bound thereby, anything in the Constitutions or laws of any State to the contrary notwithstanding”.

to-ejecutivos.⁶⁹ En lo posible, un estatuto de los Estados Unidos se establece de tal manera que no entre en conflicto con el derecho internacional o con las obligaciones de los tratados. Los tratados internacionales y los acuerdos obligatorios para los Estados Unidos pueden ser interpretados y aplicados por sus cortes. De acuerdo con el *Third Restatement* de la Ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos:

2. Cases arising under international law or international agreements of the United States are within the judicial power of the United States and, subject to constitutional and statutory limitation and requirements of justiciability, are within the jurisdiction of the federal courts.

*3. Courts in the United States are bound to give effect to international law and to international agreements of the United States, excepts that a "not self-executing" agreement will no be given effect as law in the absence of necessary implementation.*⁷⁰

En cuanto que hay una obligación del poder judicial de invocar los tratados internacionales, esta disposición tiene una gran relevancia ya que algunos Estados que carecen de una disposición de tal tipo tienen problemas de recepción por parte del poder judicial de la normatividad internacional convencional.

Las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos sobre la inconsistencia de las leyes frente al derecho internacional o su interpretación son obligatorias para las Cortes estatales y los estados de la Unión. En cuanto a los acuerdos denominados como *self executing*, hay una serie de reglas de derecho constitucional y de la práctica para determinar cuales tienen esta categoría. En este caso, para que un acuerdo ejecutivo entre en vigor, es la legislación de aplicación, más que el acuerdo en si, lo que es considerado como derecho de los Estados Unidos.

Ahora bien, bajo la Constitución de los Estados Unidos, un acto del Congreso prevalece frente a una norma previa de derecho internacional, si es clara la intención del derecho interno y las dos normas no se pueden conciliar de una manera justa. Así se determino en el caso *Beard* en donde la

⁶⁹ Véase Buergenthal, Thomas, "Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Dordrecht/Boston/London, 1992-IV, Martinus Nijhoff Publishers, t. 235, 1993, pp. 303-400.

⁷⁰ Chapter 2 Status of International Law and Agreements in United States Law, s. III.

Suprema Corte, en relación con la asistencia consular a que se refiere el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, consideró que esta obligación se oponía a la *Antiterrorism and Effective SEAT Penalti Act*, de 1996.

En la decisión de la *Southern District Court of New York* en el caso *United States vs. The Palestine Liberation Organization and others* estableció que la *United States Antiterrorism Act* del año de 1988 no reemplazó el acuerdo de sede entre la ONU y los Estados Unidos, firmado en el año de 1946. La Corte de Distrito estableció que un estatuto posterior puede prevalecer sobre un tratado siempre y cuando los dos sean irreconciliables y el Congreso haya mostrado claramente su intención de modificar la ley interna, al efecto, estableció:

*...unless this power is clearly and unequivocally exercised, this court is under a duty to interpret statutes in a manner consonant with existing treaty obligations. This is a rule of statutory construction sustained by an unbroken line of authority for over a century and a half.*⁷¹

Esta postura, viniendo de la máxima potencia mundial que tiene relaciones con todo el mundo e intereses reflejados en los tratados internacionales que celebra con muchos Estados, es bastante criticable pues es contraria al principio *pacta sunt servanda* y atenta contra el principio de seguridad jurídica en las relaciones internacionales.

La práctica judicial estadounidense le da mucha importancia a las posturas del gobierno, ya que se considera que el Estado debe de actuar con una sola voz y el gobierno, la rama del ejecutivo, es la que lleva el liderazgo en esta materia. Sin embargo el Senado a través de sus facultades constitucionales de ratificación de los tratados juega también un papel importante, por ejemplo en materia de ratificación de los tratados de derechos humanos en donde es claro que los Estados Unidos tiene un déficit, Louis Henkin ha identificado varios principios bajo los cuales el Senado se guía para ratificar los tratados sobre derechos humanos.⁷²

⁷¹ *American International Law Cases*, serie 2 vol. 12, pp. 386, 695, F. Supp. 1456 91988 (82 ILR 282).

⁷² Tomado de Van der Uyver, Johan D., "Universality and Relativity of Human Rights: American Relativisms, *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 4, 1998, p. 68.

1. Los Estados Unidos no aceptarán ninguna obligación derivada de un tratado que no sea posible de cumplir porque sea inconsistente con su Constitución;

2. La adhesión de los Estados Unidos a un tratado internacional sobre derechos humanos no debe de afectar o prometer cambios en las leyes o práctica de los Estados Unidos;

3. Los Estados Unidos no se someterán a la jurisdicción de la CIJ para decidir las controversias sobre la interpretación o aplicación de las convenciones sobre derechos humanos;

4. Cada tratado sobre derechos humanos al cual se adhiere Estados Unidos debe contener una “cláusula federal” a fin de que Estados Unidos pueda darle un amplio espacio de aplicación de la Convención a los Estados;

5. Todo acuerdo internacional sobre derechos humanos debe ser no auto-ejecutivo.

Nuevamente aquí se evidencia una postura, contraria a la prédica hacia otros Estados sobre la aplicación de los derechos humanos, cuando como vemos en el interior de su casa, los Estados Unidos tienen una política contraria, protectora, o cerrada.

6. *El Reino Unido*

En este país, el Parlamento tiene el máximo poder para establecer y cambiar las leyes. La política exterior, incluyendo la conclusión y terminación de los tratados internacionales se encuentra en la esfera de atribuciones de la monarquía, lo que significa que es ejecutada por el gobierno en turno, el cual a su vez, debe de rendirle cuentas al Parlamento por su conducta en asuntos extranjeros.

La costumbre internacional se toma como parte del derecho de Inglaterra y de Escocia, sin necesidad de una ley de incorporación. Sin embargo, los tratados no se consideran una fuente de derecho ni de obligaciones del derecho interno. En efecto, teóricamente, el Ejecutivo tiene autorización de asumir obligaciones internacionales, pero en la práctica no tiene efecto en el sistema jurídico interno si requiere cambios en la ley o en la jurisdicción del Reino Unido, o en el pago de dinero (que debe de ser votado por el Parlamento). El Ejecutivo puede realizar tratados que no impliquen cambios en el derecho interno, por ejemplo, tratados de amistad, promoción de la inversión, acuerdos de protección o acuerdos culturales.

En la práctica del Reino Unido, la *Foreign and Commonwealth Office* desde el año de 1996 acompaña el texto del tratado con un memorando explicativo, en donde se establecen los puntos importantes del tratado y su relación con el marco jurídico interno. A excepción de algunos casos fortuitos, el gobierno nunca se involucra en acuerdos internacionales, si no hay posibilidad de darle efectos jurídicos en lo interno. Esto hace que haya mayor cuidado en la negociación y en la revisión del tratado en relación con la legislación interna.⁷³

Las Cortes inglesas toman mucho cuidado en la interpretación y aplicación del derecho internacional, como se ve en el caso *Salomon vs. Commissioners of Customs and Excise*, en donde Lord Denning expresó su preocupación por celebrar tratados internacionales, ya que implica una responsabilidad para los Estados, concretamente su país. Al efecto afirmó “*I think we are entitled to look at it because it is an instrument which is binding in international law and we ought always to interpret out statutes so as to be in conformity with international law*”.⁷⁴

Por otra parte en materia de guerra, la facultad de involucrar a la Gran Bretaña en una acción de guerra ha sido una prerrogativa real que actualmente ha pasado al primer ministro y que no requiere una aprobación parlamentaria. El caso de la guerra contra Irak de 2003 es interesante, primero porque se creó un precedente en el cual se consultó al Parlamento días antes de que se realizara la invasión y porque la guerra ha sido un desastre, desde el punto de vista jurídico y en la práctica, entonces se propone, por algunos sectores de la opinión pública,⁷⁵ que en futuras ocasiones, en casos similares se le debe presentar al Parlamento un sumario balanceado de la información relevante y que el Parlamento apruebe con la finalidad de que se respete el estado de derecho en las relaciones internacionales.

7. América Latina

A pesar de que algunos lo nieguen, el concepto de soberanía juega un papel trascendente en el esquema de la globalización ya que si bien hay una notable tendencia de todos los Estados a la internacionalización de varios

⁷³ Véase WA 1101, BYIL, 1996, 746.

⁷⁴ 1967, 2 QB 116.

⁷⁵ Whittam Smith, Andreas, “Parliament Is Our Safeguard Against Disasters Like This”, *The Independent*, 17 de mayo de 2004.

aspectos de su vida como la económica-comercial y la de derechos humanos, todavía los Estados ya sean poderosos o no, mantienen esquemas de recepción del derecho internacional que responden a su historia o intereses particulares. Esta es una hipótesis que podemos comprobar con el análisis de los diferentes sistemas o esquemas de recepción existentes en algunos Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA).⁷⁶

En principio, Argentina establece en el 27 de su Constitución que “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 la Constitución”.

Más adelante, el artículo 31 de la misma Constitución establece que “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...”.

De la lectura de este último artículo es posible desprender el enorme parecido con la fórmula constitucional que contiene el artículo 133 de la Constitución mexicana, pero no es para sorprenderse ya que ambas Constituciones, la argentina y la mexicana, tomaron como modelos la Constitución de Estados Unidos.

Es evidente, de estos dos modelos su afinidad, insisto no original, de la Constitución mexicana con su artículo 133, pero aquí lo que quiero resaltar es que los tres modelos reconocen en principio la superioridad de la Constitución de cada Estado concreto; después dejan en el aire, es decir sin resolver, una serie de cuestiones, como por ejemplo ¿Qué pasa cuando hay una colisión entre las normas del tratado con las normas emanadas de las leyes internas?

Problema que se resuelve, al final de cuentas, por sus poderes judiciales que han tenido que tomar cartas en el asunto. En efecto, la jurisprudencia en los tres casos (incluyendo en México, como lo veremos más adelante) ha dado una respuesta a las cuestiones planteadas con anticipación. En el año de 1948, la Corte Suprema argentina (caso *Merk, Química Argentina vs. gobierno nacional*) sostuvo que en tiempos de paz se mantiene en el orden interno la supremacía de la constitución sobre los tratados. En cambio en tiempos de guerra, prevalece el derecho internacional.

Además, la misma Corte Suprema argentina, para resolver el problema de colisión entre derecho interno y tratados internacionales, se inclina por

⁷⁶ Acevedo, Domingo E., *op. cit.*, nota 24, pp. 140-146.

la fórmula estadounidense de *lex posterior derogat priori*⁷⁷ formula que en derecho mexicano será muy cuestionable desde la perspectiva del derecho constitucional ya que se maneja el principio de que las disposiciones legales deben de abrogarse o derogarse siguiendo el mismo camino seguido para su creación.

Entonces, de acuerdo con esa fórmula aplicable, respecto al derecho estadounidense y al argentino, un tratado puede derogar una ley posterior y al contrario; lo cual desde la perspectiva del derecho, ya sea interno, como internacional, crea una gran inseguridad jurídica tanto en el ámbito interno como en el internacional. Por supuesto, en el caso de que una ley interna derogue un tratado, el Estado correspondiente incurrirá en responsabilidad internacional ya que no se estará siguiendo el mismo camino que para su creación.

Por otra parte, las constituciones de Ecuador (artículo 139) y de Nicaragua (artículo 182) dan prioridad al derecho constitucional frente al derecho internacional. En cuanto a la jerarquía, Perú (artículo 101 constitucional) establece que “los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y al ley, prevalece el primero”.

El artículo 7o. de la Constitución peruana dispone que “Los tratados públicos, los convenios internacionales y concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes”.

La Constitución salvadoreña, por su parte señala en el artículo 144:

Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.

⁷⁷ En el caso “Esso S. A. Petrolera Argentina vs. gobierno nacional”, la Corte Suprema estableció “Entre las leyes y los tratados de la nación no existe prioridad de rango” y con respecto a ellos “rige en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico interno de la república, el principio de que los posteriores derogan a los anteriores (Acevedo, Domingo, E. *op. cit.*, nota 24, p. 141).

Otro ejemplo lo constituye Honduras, cuya ley fundamental señala en el artículo 16 “Los tratados internacionales celebrados por Honduras con otros Estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno”. Este precepto tiene estrecha relación con el artículo 18 constitucional que establece “En caso de conflicto entre el tratado o convención y la ley prevalecerá el primero”. En el caso de Panamá, la Constitución señala de manera genérica en su artículo 4o. “La República de Panamá acata las normas del derecho internacional”.

A manera de conclusión en esta parte podemos observar que la práctica internacional, como hemos visto, es muy variada. La respuesta de los diferentes Estados al problema de la relación entre los tratados internacionales y el derecho interno es diferente. Aunque si es notable una tendencia hacia la internacionalización de los derechos nacionales o mejor dicho a otorgarle mayor valor a la normatividad convencional internacional, aunque, en términos generales, ésta se encuentra en una jerarquía inferior a la Constitución. Es interesante notar la solución que da Francia en el caso de que una norma derivada del tratado contradiga una disposición constitucional. En este caso se requiere una reforma constitucional antes de adoptar el tratado. Por supuesto que esta solución francesa requiere un sistema adecuado de controles que puedan detectar a tiempo la inconstitucionalidad de las normas de los tratados.

Otra nota característica es que en algunos sistemas, impulsados por la necesidad de la práctica internacional, se reconocen diferentes tipos de tratados (tal es el caso de Holanda, Alemania, Francia, Rusia, que reconoce a los tratados de derechos humanos como una categoría diferente) y en consecuencia su tratamiento es diferente. Por ejemplo es el caso de Francia que cuando se trata de los tratados a que se refiere su artículo 53 (tratados de paz, comerciales, etcétera) necesitan una ratificación o aprobación mediante una ley. La diferenciación de los tratados es una medida que está dictada por la economía en los procesos de adopción pero también por la necesidad de que la soberanía popular no sea atropellada. Es por eso que algunos tratados requieren consulta pública (como en el caso de Francia) porque se refieren a asuntos de gran trascendencia como la paz, la guerra, la adhesión a organismos internacionales, la participación en acuerdos de comercio de gran trascendencia, etcétera. No hay duda de que la adopción de un tratado internacional de gran importancia requiere la expresión de la generalidad de la población, cosa que a veces no es posible lograr con los

mecanismos institucionales, de ahí que sea sometido a una mayor reflexión de la población (vía consulta popular) que además, traerá el apoyo a los negociadores y el compromiso popular de cumplirlo.

Ahora bien, es notable como, en el caso de Holanda con una clara vocación internacional, por el mero hecho de tener origen en un tratado internacional, la adopción de un tratado es un acto colectivo en que participan una serie de órganos, empezando por la monarquía (con poderes meramente formales, como sucede también en la Gran Bretaña) el primer ministro (con poderes reales), el gabinete que establece las políticas en que se mueven la negociaciones, el Parlamento (que aprueba y que decide que requieren aprobación por el y cuáles no) y que parece el órgano principal de control de los negociadores de los tratados.

Precisamente la parte del control que tienen los sistemas es la parte más delicada y en algunos casos más compleja por parte de los Estados desarrollados. La tendencia es que haya una participación, en su medida, de los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) en todo el proceso desde que el tratado se negocia, se aprueba, se aplica, se interpreta y se invoca por la Corte.

Ahora bien, también es evidente que los sistemas de recepción se inician en la Constitución, en donde se contienen los elementos fundamentales y se continúan en las leyes federales o secundarias, sin embargo, en nuestros ejemplos no aparece una reglamentación de todas las incidencias que pueden existir en la vida de un tratado (por ejemplo ¿qué pasa cuando hay que denunciarlo, cuándo hay reformas al tratado, en fin cuándo hay un acontecimiento que modifica los términos originales de tratado. ¿Se requiere una consulta a los poderes? Sólo en el caso de Alemania se registra que en el caso de cambios al tratado se requiere aprobación del Parlamento para verse obligado por las nuevas disposiciones del tratado; en los demás casos hay una omisión de la Constitución. Lo cual no significa que haya un vacío, ya que seguramente el asunto se resuelve según los casos y por el poder judicial.

III. LA RECEPCIÓN DE LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

Uno de los fenómenos notorios en algunas Constituciones, es precisamente la ausencia de referencia a la costumbre internacional. Como sabemos, la costumbre internacional se compone de dos elementos (*la invete-*

rata consuetudo y la opinio iuris) el primero elemento objetivo y el otro psicológico.

La cuestión de la recepción de la costumbre internacional no es un asunto fácil de resolver y así lo reconoce la doctrina internacional ya que, por ejemplo, si pensáramos que el Poder Legislativo tiene la obligación de confirmar explícitamente todos los cambios, modificaciones y nuevas creaciones de normas y principios de derecho internacional, sería una labor verdaderamente colosal. Por eso en los sistemas del *common law* se utiliza desde el siglo XVII la fórmula simple y general “*international law is part of the law of the land*” de acuerdo con la cual las Cortes nacionales deben aplicar automática y directamente la costumbre y los principios generales de derecho internacional. Sin embargo esta fórmula no termina la posible discusión sobre la jerarquía del derecho internacional frente al derecho interno, lo cual es muy trascendente ya que tiene que ver con los siguientes puntos:

- La colisión entre normas de derecho consuetudinario internacional y derecho interno.
- La incorporación del primero en el segundo.
- La cuestión de la responsabilidad por incumplimiento de las normas consuetudinarias.
- La terminación de obligaciones internacionales y sus efectos internos.
- La obligación de los individuos.

En algunas Constituciones se hace mención a la costumbre con la expresión “*standards and principles of general or common international law*”. Algunas otras Constituciones, como la estadounidense, se refieren en términos generales al derecho internacional lo cual teóricamente comprende al derecho consuetudinario y por si no fuera poco, la jurisprudencia se ha encargado de confirmar esta aseveración cuando se afirma en el conocido fallo de Paquete Habana, que “El derecho internacional es parte de nuestro derecho y debe ser determinado y aplicado por los tribunales competentes cada vez que, en debida forma, se solicita, ante ellos cuestiones de derecho para su decisión”.⁷⁸

⁷⁸ *Restatement of the Law Triad. The Foreign Relation Law of the United States Law Institute*, vol. I, 1986, p. 40.

Sin embargo, al contrario de su postura de apertura a los mercados, los Estados Unidos, en lo interno es un Estado bastante conservador en cuanto a la aceptación del derecho internacional, como lo vimos anteriormente, y más aun, la costumbre no se considera como fuente interna del derecho internacional.⁷⁹

A manera de análisis comparado, podemos identificar que en las constituciones de algunos Estados las normas generales del DIP son parte integrantes del derecho federal y fuente directa de derecho y obligaciones para sus habitantes. Tal situación ocurre en las constituciones de Alemania;⁸⁰ Austria;⁸¹ Grecia;⁸² Portugal;⁸³ Rusia.⁸⁴ En el caso de España, la recepción es inmediata, aunque se requiere de la publicación en el *Diario Oficial de España*.

En forma más detenida podemos ver que la práctica europea tiene varios ejemplos de constituciones en las cuales la costumbre internacional tiene un lugar en el orden jurídico interno, por ejemplo tenemos las Constituciones alemana e italiana. Sin embargo, la mayoría de los países de Europa Occidental, no contienen provisiones que estipulen el rango del derecho internacional. Pero, veamos la situación de la costumbre en las Constituciones europeas, en donde podemos observar que se dividen en dos claros grupos: aquellas Constituciones que hacen una referencia explícita a la costumbre internacional y las que no la hacen.⁸⁵ Dentro de las Constituciones que hacen referencia a la costumbre están la Constitución de Weimar de 1919, que es la primera, en Europa Occidental, que prevé la observancia de la costumbre internacional; en su artículo 4o. mencionaba “las reglas de derecho internacional, generalmente reconocidas, están consideradas como parte del derecho alemán federal y son obligatorias”.

Ahora bien, de acuerdo a la interpretación que prevalece en cuanto a lo anterior, sólo las partes de la costumbre internacional que han sido acepta-

⁷⁹ Aleinikoff T., Alexander, “Reflection on the Customary International Law Debate” *American Journal of International Law*, vol. 98, núm. 1, enero 2004, p. 104.

⁸⁰ *Constitución de 1949*, artículo 25.

⁸¹ *Constitución de Australia*, artículo 9o.

⁸² *Constitución de Grecia*, artículo 28-1.

⁸³ *Constitución de Portugal*, artículo 8o.1.

⁸⁴ *Constitución de Rusia*, artículo 15-4 “Los principios generales y las normas del derecho internacional y los tratados internacionales de la Federación rusa son parte de su sistema jurídico. En el caso de que los tratados internacionales de la Federación rusa establezcan reglas contrarias a las contenidas en las leyes entonces se aplican las leyes de los tratados internacionales”.

⁸⁵ Al respecto véase, Wildhaber, Luzius y Breitenmoser, Stephan, *op. cit.*, nota 29, pp. 179-206.

das por el derecho alemán y por la mayoría de los otros Estados se consideraran aplicables automáticamente.

Actualmente, el artículo 25 de la ley fundamental, es el que tiene una provisión más favorable a la costumbre internacional “las reglas generales de derecho internacional deben ser parte integrante del derecho federal. Ellas deben preceder a las leyes y crear directamente derechos para los habitantes del territorio federal”.

Además, de acuerdo a la práctica de la Corte Federal Constitucional y de la doctrina predominante, las reglas generales del derecho internacional son las normas que son reconocidas y adoptadas por una predominante mayoría de países. Los tratados, al contrario, adquieren validez interna solo después de una ley especial de transformación.

En general, la jurisprudencia alemana trata de conciliar y en lo posible evitar colisiones entre el derecho internacional y el derecho interno.

Por su parte, Italia es otro país en la corriente de reconocer la costumbre internacional. El artículo 10 (1), de la Constitución italiana de 1948 estipula que “El sistema legal de Italia se conforma de los principios generalmente reconocidos de derecho internacional”.

En el mismo sentido de la Constitución de Weimar, está la Constitución austriaca. El artículo 9o. de la Constitución federal austriaca reproduce el artículo 4o. de la constitución de Weimar e indica “El reconocimiento general de los principios de derecho internacional son partes validas del derecho federal. De acuerdo a la doctrina y práctica austriaca, “una regla de derecho internacional, no tiene que ser reconocida unánimemente por todos los Estados para ser considerada una “regla generalmente reconocida de derecho internacional. El artículo 145 de la Constitución faculta a la Corte constitucional para decidir sobre violaciones de derecho internacional de acuerdo con una ley federal especial”. Sin embargo, esta provisión es considerada letra muerta.

Por otra parte, la Constitución griega de 1975 (en su artículo 25) señala la misma regla, mediante la cual se reconocen las normas generalmente aceptadas como parte del derecho interno, aunque deben ser acordadas internamente y convertirse en operativas.

En Francia una formulación casi idéntica al artículo 10 de la Constitución Italiana, figura en el párrafo 14 del preámbulo de la Constitución de la cuarta República de octubre de 1946 “La República francesa, fiel a su tradición, se atiene a las reglas del derecho internacional”.

En muchas decisiones, la Corte Suprema Administrativa (*Conseil d'Etat*) aplicó principios generales de derecho internacional como una manera de interpretar este preámbulo. Podemos decir que, en general, los tribunales franceses han considerado las reglas de la costumbre internacional como directamente aplicables siempre que ellas sean relevantes a la solución de una cuestión bajo su jurisdicción. Aunque la Constitución de 1958 no tiene exactamente la misma referencia, la Corte y la doctrina concluyen que la aplicación de la costumbre internacional por los tribunales es conforme a su práctica tradicional.

Ahora bien, el artículo 55 de la Constitución francesa reconoce una posición monista; pero el principio no se aplica automáticamente en relación a la costumbre internacional y a los principios de derecho internacional, casos en los que las cortes administrativas son reluctantes a concederles prevalencia sobre las leyes.⁸⁶

Por otra parte, el artículo 8 (1) de la Constitución portuguesa indica los “estándares y principios de derecho común general, internacional son una parte integrante del derecho portugués”. Lo cual es muy elocuente.

En lo que toca a las constituciones europeas que no hacen una referencia explícita a la costumbre internacional tenemos a las constituciones de Suiza, de Holanda, Bélgica y España. Pero eso no significa que no se reconozca a la costumbre internacional, siendo los tribunales los encargados de su reconocimiento, como es el caso de Suiza.

Por otra parte, el Reino Unido, en principio, acepta el derecho internacional consuetudinario como una parte de su derecho interno nacional. En algunos países de la Commonwealth requieren la incorporación del derecho consuetudinario.

En el año de 1999, en Escocia, la *Appeal Court of the High Court of Judiciary* en dos casos penales en donde se acusaba personas de “sabotaje contra las armas nucleares británicas”, los acusados se defendieron, alegando una “razonable excusa” de su conducta en virtud de la ilegalidad internacional de la posesión de este tipo de armas. La Corte decidió que “una regla de la costumbre internacional es una regla del derecho escocés”.⁸⁷

Sin embargo, la postura de la Corte escocesa, no era tan simple, pues junto con la decisión había que resolver varias cuestiones importantes. Pri-

⁸⁶ Véase de Eisemann, Pierre Michael y Rivier Raphaële, “National Treaty Law and Practice: France”, *National Treaty Law and Practice*, op. cit., nota 56, p. 268.

⁸⁷ Cases of John vs. Donnelly and Lord Advocate’s Referente núm. 1, 2000, 2001 S.L.T., 507 (Greenock antinuclear activists, described in Neff, 2002).

mero, si la posesión de armas nucleares era ilegal en las relaciones internacionales, punto importante que fue evitado por la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva en el caso de *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, después si los individuos, en virtud de la supuesta ilegalidad estaban o están autorizados a actuar en contra del gobierno. De la respuesta a estas preguntas dependía la culpabilidad de los acusados, que en realidad eran activistas en contra de las armas nucleares. Pero aquí surge el siguiente cuestionamiento: ¿las Cortes internas pueden pronunciarse sobre la legalidad internacional? La respuesta inmediata es: si la normatividad de que se trata se aplica al Estado que la cuestiona, por supuesto que si.

En términos generales, hasta aquí, se puede concluir que en Europa hay una clara tendencia hacia la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno y que para determinar el rango de la costumbre internacional, la mayoría de los países dan prioridad al derecho internacional sobre el derecho interno y que las Cortes regularmente tratan de alcanzar una armonización entre obligaciones internacionales y derecho interno.

Ahora bien, otro asunto de gran importancia es el relativo a la costumbre en el derecho penal internacional, lo cual es de especial relevancia si tomamos en cuenta que tal costumbre se podría aplicar en derecho interno. Tradicionalmente se ha reconocido que las normas convencionales y consuetudinarias son las fuentes más importantes en el derecho penal internacional, sin embargo, hay que reconocer que tal afirmación no esta desprovista de cierta polémica, ya que, por otro lado, hay una gran tendencia a proyectar el funcionamiento y las categorías del derecho penal interno, lo cual es erróneo como lo trataremos de probar. En principio hay que observar que el derecho penal interno, por ser en este caso, un sistema más desarrollado que cuenta con categorías propias como la centralización de la fuerza en órganos que la monopolizan, ha ejercido una indudable influencia en el derecho internacional penal. Pero, al mismo tiempo hay una diferencia fundamental entre los dos sistemas. En derecho interno hay una tendencia a la codificación, y esto es evidente, en los dos más importantes sistemas jurídicos (el sistema del *common law* y el derecho civil naturalmente), la idea es que se posea cierto grado de protección de los derechos humanos de los indiciados. Lo mismo sucede en el caso del derecho internacional penal como se constata en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, pero la gran diferencia que existe en estos dos sistemas de derecho penal, la da el hecho que la costumbre, como fuente de derecho internacional ha juga-

do un papel esencial en la conformación del derecho internacional penal. El jurista Jonatan Thormudsson, por ejemplo señala algunas características del derecho penal internacional: una gran parte de los tratados internacionales en vigor tienen su origen en el derecho consuetudinario, es el caso de las convenciones de Ginebra de 1949 sobre derecho humanitario internacional; la responsabilidad internacional tiene su origen, también, en las normas consuetudinarias, aunque haya cierta reticencia a reconocerlo.⁸⁸

El asunto de las normas consuetudinarias de derecho penal internacional no está exento de discusión. En el juicio de Nuremberg, en el año de 1946 se cuestionó la aplicación de los principios generales del derecho en relación con los crímenes de la humanidad y contra la paz que se basaba en fuentes de derecho muy pobres, hasta la creación de la Corte del Tribunal Militar Internacional adoptado como un anexo al Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, esto significa después de la II Guerra Mundial acontecimiento en el que se cometieron tales crímenes horribles. En forma muy hábil, la defensa de los acusados alegó que no procedía el juicio en virtud de que no cumplía con la máxima, con el principio fundamental tanto de derecho internacional como de derecho interno: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Concretamente que ningún Estado soberano había convenido en que las guerras agresivas eran un delito, en el tiempo en que se cometieron los hechos ilícitos, que ningún estatuto había definido las guerras agresivas y que tampoco se había establecido ninguna pena para tales acciones. Estos cuestionamientos, por supuesto son de vital importancia y para algunos juristas constituyen un obstáculo infranqueable para aplicar la costumbre internacional,⁸⁹ esto nos lleva a analizar con mayor detenimiento este asunto.

Por otra parte, la costumbre internacional ha sido aplicada en diferentes ocasiones tanto por las cortes internacionales, como nacionales. En el caso Furundzija en la Corte Internacional para Yugoslavia decidió que la regla de definición de “violación” se ha convertido en una norma de carácter

⁸⁸ Thormudsson, Jonatan, “The sources of international criminal law with referent to the human rights principles of domestic criminal law”, *Scandinavian Studies in law, International Aspects*, Estocolomo, Peter Wahlgren (edit), Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2000, vol. 39, p. 389.

⁸⁹ Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, “Principios generales de derecho”, en Guevara B. José Antonio, Dal Maso, Narciso, (comps.), *La Corte Penal Internacional: una visión iberoamericana*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2005, p. 610.

consuetudinaria.⁹⁰ Lo mismo ha sucedido con los tribunales internos, como por ejemplo la Corte marcial de Bruselas en el año de 1950 decidió que la tortura en tiempo de conflicto armado estaba prohibida por el derecho consuetudinario internacional. Por supuesto, hay casos en que ante la invocación de la costumbre, los jueces han decidido negar que se este ante un caso de aplicación de la norma consuetudinaria.⁹¹ Pero lo más importante es que se toma en cuenta la costumbre internacional.

En efecto, el derecho consuetudinario es una fuente indiscutible del derecho internacional; incluso del derecho penal internacional, y no puede ser de otra manera dado el carácter horizontal de las normatividad internacional, que insistimos, incluye al derecho que se refiere a la criminalidad internacional.⁹² Esto aunado a que hay una estrecha relación entre el derecho penal internacional y los derechos humanos, en donde hay una cantidad de normas consuetudinarias, a esto hay que aunarle que el derecho convencional internacional ha sido rebasado por las formas modernas de hacer la guerra, de tal manera que sea imprescindible la normatividad consuetudinaria internacional para hacer del *jus gentium*, un todo cerrado.

Pero, volvamos a la respuesta que dio el tribunal de Nuremberg el 30 de septiembre de 1946 a la defensa, esgrimiendo la ausencia de *nullem crimen sine lege*. El tribunal que juzgaba a los criminales de guerra contestó:

En primer lugar, es necesario observar que la máxima *nullum crimen sine lege* no es una limitación a la soberanía sino un principio de justicia. Afir-mar que es injusto castigar a aquellos que en desafío de los tratados y ga-

⁹⁰ “The prohibition of rape and serious assault in armed conflict has evolved in customary international law. It has gradually crystallized out of the express prohibition of rape in article 44 of the (1863) Liber Code and the general provisions contained in article 46 of regulation annexed to Hague Convention IV...” tomado de Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 29.

⁹¹ *Ibidem*, p. 30. Por ejemplo en el caso caso Tadic, la Corte Internacional para Yugoslavia estableció “*customay law, as it results from the gradual development of international and national case law into general rules, does not presuppose a discriminatory or persecutory intent for all crimes against humanity*”.

⁹² Por ejemplo, en derecho humanitario internacional, “hasta mediados del siglo XIX, sólo las normas consuetudinarias regían el derecho de la guerra; unas normas que se habían ido formando en la práctica a lo largo de los siglos precedentes. Las disposiciones legislativas nacionales y los tratados bilaterales, específicamente las treguas y las capitulaciones desempeñaron un importante papel en la formación de esas normas consuetudinarias” Véase Méndez Silva, Ricardo y López Ortiz Liliana, (comps.), *Derecho de los conflictos armados*, México, UNAM-CICR, 2003, t. I, p. XXVI.

rantías legales han atacado, sin aviso, a los Estados vecinos obviamente es falso, en tales circunstancias el atacante debe saber que lo que hace erróneo, y esto, lejos de que sea injusto castigarlo, sería injusto si su error fuera autorizado a ser impune” (si su error quedara impune).⁹³

En efecto, si partimos de la idea de que funciona una hermenéutica internacional ya que no es posible declarar que no existe o no encontrar una norma para un caso concreto. Aunque el caso del derecho penal parecería especial dado el principio de *nullum crimen y nullum poena*, es decir, a aplicación estricta de la ley sustantiva y adjetiva penal. Al respecto, el Tribunal de Nuremberg observó:

Al interpretar las palabras del pacto, se debe recordar que el derecho internacional no es el producto de una legislatura internacional, y que tales acuerdos como el Pacto de París tiene que ver con los principios generales del derecho y no con asuntos administrativos de procedimiento. El derecho de guerra se encuentra no sólo en tratados, sino en la costumbre y la política de los Estados que gradualmente obtiene un reconocimiento universal y en los principios generales de justicia aplicado por los juristas practicados por las cortes militares. Este derecho no es estático, al mundo cambiante le sigue la necesidad de una adaptación continua. En efecto, en muchos casos los tratados no hacen muchas cosas, los tratados no hacen más que expresar en forma mas detallada los principios de derecho ya existentes.⁹⁴

El tribunal de Nuremberg en esta sentencia es congruente con el sentido, la lógica, la estructura del *jus gentium* contemporáneo. Si se niega la existencia del derecho consuetudinario, la consecuencia es la impunidad internacional, además, recordemos que el derecho convencional sólo obliga a lo Estados aparte, por lo que no se puede dejar fuera a todos los demás componentes de la subjetividad internacional. Entonces, lo que procede es un ejercicio de identificar la normatividad consuetudinaria y analizar la relación entre normatividad consuetudinaria y convencional en donde hay normas ya exploradas. En efecto, el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de 1966 reconoce esa relación estrecha entre derecho convencional y consuetudinario, además de que el principio de *nullum crimen* se inserta en estas dos fuentes, veamos:

⁹³ Tomado de Thormunsson, *op cit.*, nota 88, p. 389. (traducción al español de MBR).

⁹⁴ *Ibidem*, p. 390.

Artículo 15.1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Por último, contestemos la pregunta que ya se hace la doctrina sobre la materia: ¿El Estatuto de la Corte Penal Internacional niega la aplicación del derecho consuetudinario internacional?

El asunto reviste mucha importancia y en donde la doctrina no tiene una posición todavía general. En efecto, hay juristas que rechazan de plano la posibilidad de aplicar las normas consuetudinarias por la Corte Penal Internacional virtud del principio de “*nullum crimen...*” que es parte del principio de legalidad en la normatividad penal. A lo mucho, puede servir como “normas aplicables para la interpretación o, todo lo más, la integración de las normas escritas”.⁹⁵ Esta postura se basa en la interpretación del artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que (según esa corriente) no reconoce la normatividad consuetudinaria como fuente de aplicación del Corte Penal Internacional.

Como lo decíamos, esta idea no es aceptada por toda la doctrina. Hay otras posturas, que compartimos, que aceptan la aplicación de las normas consuetudinarias con base en los siguientes razonamientos: el derecho penal internacional es un ordenamiento nuevo y autónomo, que al mismo tiempo es parte del derecho penal internacional público formal que se origina a través de la celebración de tratados o a través de la formación del derecho consuetudinario.⁹⁶

El derecho consuetudinario y los principios generales del derecho son, por cierto, difíciles de identificar, dado que se trata aquí de derecho internacional no escrito. Sin embargo, en tanto falten las convenciones correspondientes, estas fuentes del derecho deben servir como punto de

⁹⁵ Rodríguez-Villasante y Prieto, *op. cit.*, nota 89, p. 611.

⁹⁶ Esta es la postura, por ejemplo, de Antonio Cassese, *op. cit.*, nota 90, p. 26.

partida constructivo para la formación de normas de derecho penal internacional.⁹⁷

En efecto, no olvidemos que el derecho convencional internacional no cubre todas las áreas del derecho, en virtud de su carácter parcial; es decir, no todos los Estados son miembros de los mismos tratados, por lo que impedir la aplicación del derecho consuetudinario significaría dejar descubierto muchas áreas delictivas de la actividad humana lo que nos lleva a la impunidad. Inclusive el Estatuto de la Corte Penal Internacional, aunque no se refiere directamente a la costumbre, si no lo hace de manera indirecta, ya que el artículo 21 (1)(b) se refiere a “los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados”, lo cual indudablemente incluye la normatividad consuetudinaria. Aquí, el concepto “principios de derecho” no se tiene que entender en el sentido del artículo 38 (1) (c), del ECIJ, sino en el de las reglas de derecho consuetudinario internacional desarrolladas sobre la base del derecho de Nuremberg.⁹⁸

Creemos que el error que comete la doctrina que niega la posibilidad de aplicar el derecho consuetudinario en el derecho penal internacional estriba en olvidarse que el derecho internacional es un sistema jurídico específico diferente al interno. Pensar que el sistema jurídico interno soslaye el principio *nullum crimen sine lege* sería aberrante, otra cosa es la aplicación en derecho interno de la costumbre internacional, en el marco del sistema de recepción de cada uno de los Estados.

IV. ACUERDOS EJECUTIVOS O INTERINSTITUCIONALES

Uno de los temas más novedosos, poco tratados en la literatura del derecho internacional, en donde todavía no se ha estudiado en profundidad es el relativo a la figura de esos acuerdos que no son tratados internacionales en su sentido estricto, que en consecuencia no obligan al Estado en su totalidad. La practica de los estados denomina a tales acuerdos con nombres diferentes *executive agreements*, *arragements administratifs*, acuerdos intergubernamentales, acuerdos ministeriales, etcétera, dependiendo del país

⁹⁷ Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Duncker&Humblot, Themis, Honrad Adenauer Stiftung, p. 35.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 36.

de que se trate; variedad de nombres que denota una ausencia de teoría única sobre este fenómeno internacional. Precisamente para darle una estructura teórica es necesario responder a una serie de cuestionamientos, tales como ¿son internacionales? y si lo son, ¿cuál es su fundamentación jurídica? pues, como sabemos, los órganos que los celebran no son sujetos de derecho internacional.

Una revisión de la práctica internacional nos puede dar luces sobre la respuesta a estas interrogantes. Podemos, visualizar, desde ya, una tendencia triple. En primer término estarían los Estados que permiten que sus agencias realicen acuerdos internacionales que sin importar su origen son considerados como tratados internacionales en su expresión ortodoxa del término. En este grupo están países como Australia, China, Alemania, India y Rusia que reconocen tres categorías diferentes de tratados: tratados concluidos en el nombre del Estado; tratados concluidos en el nombre del gobierno; tratados concluidos en nombre de un departamento gubernamental o ministerial. Independientemente del nivel de estos tratados, la práctica de los Estados es considerarlos como acuerdo del Estado con el propósito de satisfacer los criterios de Viena 69.⁹⁹

Después, en segundo término, hay algunos Estados que no permiten que sus agencias (nos referimos a instancias gubernamentales que no representen, que no actúen en nombre del Estado) realicen tratados. Egipto, por ejemplo, requiere que todos los tratados sean ratificados por el presidente. Algunos Estados autorizan a sus agencias para concluir tratados a fin de aplicar un tratado existente o si la agencia esta expresamente autorizada para hacerlo, de conformidad con su legislación.

Además hay otros Estados que si bien admiten la práctica de acuerdos a nivel de agencias, no los consideran como tratados obligatorios bajo el derecho internacional; tal es el caso de Francia, Holanda y Alemania, por ejemplo.

Francia tiene la práctica de acuerdos administrativos, *arrangements administratifs* que tienen el objetivo de aplicar los tratados existentes o bien que tengan relación con la materia dentro de las facultades de la agencia y de acuerdo con esto, es obligatorio sólo para la agencia, no para Francia.¹⁰⁰ El presidente de la República debe ser informado “de todas las negociaciones para la conclusión de un acuerdo internacional no sujeto a ratificación”.¹⁰¹

⁹⁹ Hollis, Duncan B., *National Treaty Law and Practice*, *op. cit.*, nota 46, p. 17.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 18.

¹⁰¹ Artículo 52 de la Constitución francesa.

Por su parte, Holanda tiene la práctica de realizar acuerdos administrativos cuyo objeto es aplicar tratados ya aprobados, por ejemplo, numerosos acuerdos administrativos en el campo de la seguridad nacional y la ayuda que proporcional este Estado a los países subdesarrollados. Estos acuerdos administrativos no son tratados, ni crean obligaciones legales al Estado y por consecuencia no pasan por la aprobación del Parlamento.

Además, el requisito de previa aprobación del Parlamento no se aplica a las decisiones de las organizaciones internacionales o sus agencias que son el resultado del ejercicio de sus poderes de legislar, de conformidad con un tratado.¹⁰² Sin embargo, si se requiere una autorización para las decisiones de las organizaciones internacionales que modifican los tratados concluidos bajo sus auspicios, en el caso de que tal poder legislativo no haya sido conferido en el tratado original.

Por otra parte, el gobierno federal alemán realiza, bajo su propia responsabilidad, acuerdos internacionales a los que el denomina “acuerdos intergubernamentales” (AI) *Regierungsabkommen* en los cuales las partes son los gobiernos, no los Estados; aunque éstos establecen obligaciones internacionales por parte de los Estados involucrados. Estos AI se realizan en los casos en que no se requiere aprobación por parte del Parlamento; y no se ratifican, a menos que las otras partes contratantes lo soliciten, y surten sus efectos por mera firma o notificación. Los plenos poderes para realizar estos acuerdos se dan generalmente por el Ministerio Federal de Asuntos Exteriores y se regulan por la costumbre internacional.

También hay otro tipo de acuerdos, que son los acuerdos ministeriales (AM), denominados *Ressortabkommen*, los cuales se realizan por los ministros federales, en la estricta esfera de su competencia, y que son aplicados al sector administrativo que cubre. Estos AM no son tratados políticos y no tiene efectos legislativos. La otra parte también es un departamento ministerial o una autoridad equivalente, ésta es la forma común de los acuerdos en materia administrativa y particularmente en la aplicación de tratados existentes. Antes de iniciar la negociación de un AM es necesario informar a la Oficina Federal Exterior y obtener su consentimiento.

Todavía hay otro tipo de acuerdos “no legales” de los *Länder*. A fin de evitar la autorización del gobierno federal para los tratados que los *Länder* quieren concluir, les ha llevado a realizar acuerdos “no legales”, tales como declaraciones conjuntas o protocolos con los estados federales, provin-

¹⁰² Artículo 92 de la Constitución de los Países Bajos.

cias u organizaciones internacionales. En estos casos se evita el lenguaje que implique una obligación legal. La misma política se aplica por ejemplo en acuerdos de pueblos gemelos en la frontera o a nivel local o provincial. Tal tipo de acuerdos han llegado a ser muy populares en Europa en el marco de relaciones interregionales. Estos acuerdos no son vistos como ilegales por la *Federal Foreign Office*.¹⁰³

En suma, podemos decir que existe una práctica suficiente para considerar que la celebración de estos acuerdos no estatales forma parte de la costumbre internacional; independientemente de la necesidad de su celebración que a todas luces es necesaria, sin ninguna duda. Estos acuerdo no están regulados por Viena 69, sino por la costumbre internacional, lo que de alguna manera catapultó a las agencias estatales como sujetos de derecho internacional, lo que no está todavía reconocido por la doctrina dominante, pero es un elemento indiscutible. Un paso importante sería reconocerlos y tender a una regulación que permita uniformarlos.

¹⁰³ Hoollis, *op. cit.*, nota 46, p 330.