

## LAS NUEVAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO INTERNO

Manuel BECERRA RAMÍREZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes del artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. III. *Las resoluciones de los organismos internacionales*. IV. *Los actos unilaterales*. V. *Los acuerdos de los órganos internos (acuerdos ejecutivos internos)*. VI. *La recepción del derecho internacional por el derecho interno*. VII. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional (DI) es un sistema jurídico específico por su carácter descentralizado y no puede ser de otra manera ya que responde a una realidad internacional muy concreta (con una subjetividad muy diferente a la existente en el derecho interno de los Estados). Sus fuentes de creación son categorías esenciales que han sido motivo de una discusión académica permanente, pues su concepción depende de las diferentes escuelas del pensamiento jurídico internacional que las sostengan.

La doctrina tradicional, aunque no única,<sup>1</sup> considera que las formas de manifestación, es decir, las fuentes del derecho internacional, son los tratados internacionales, la costumbre, los principios generales del derecho y como fuentes subsidiarias están la doctrina, las decisiones jurisprudencia-

\* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>1</sup> En un conocido artículo, sir Gerald Fitzmaurice hace una diferencia entre fuentes formales (los tratados internacionales y la costumbre) y fuentes reales (los principios generales del derecho y las decisiones judiciales). En esencia el derecho natural es una fuente del derecho internacional. Véase Fitzmaurice, Gerald, "Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law", en Koskenniemi, Marti, *Sources of International Law*, Ashgate, Dartmouth, 2000, pp. 57-80.

les y la equidad. Durante todo el siglo XX esta fue la postura dominante; sin embargo, de un examen detenido sobre todo de la práctica internacional es posible advertir que la normatividad internacional tiene formas de manifestación mucho más amplias y en algunos casos más sofisticadas. Esto es interesante, pues al no ser consideradas como fuentes, estas nuevas manifestaciones crean un vacío jurídico que se manifiesta en la falta de controles internos y en la poca atención que la doctrina de DI pone sobre ellas. En parte esta situación se ha debido a una especie de sacralización que se ha hecho del artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cuando en realidad es meramente un punto de referencia. Entonces, el objetivo de la doctrina debe ser desacralizar dicho artículo y poner la práctica de los Estados en su correcta dimensión.

## II. ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 38-1 DEL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Los antecedentes más remotos de la mención de las fuentes en un documento jurídico internacional los encontramos a principio del siglo XX, cuando el artículo 7o. del XII Convenio de la Haya del 18 de septiembre 1907 creó un Tribunal Internacional de las Presas, en forma más o menos parecida al artículo 38-1. Este es el antecedente más lejano que tenemos de un documento jurídico internacional que codifica las fuentes del derecho internacional. En efecto, el convenio de la Haya establecía:

Si la cuestión que se trata de resolver está prevista por un convenio en vigor entre el beligerante que ha realizado la captura y el otro Estado que es parte en el litigio (o cuyo súbdito sea parte en el mismo) el tribunal aplicará las estipulaciones de derecho.

A falta de tales estipulaciones, el tribunal aplicará las normas del derecho internacional. Si no existiesen normas generales reconocidas, el tribunal fallará según los principios generales del derecho y de la equidad.<sup>2</sup>

Es evidente que el Convenio de la Haya de 1907 se refiere a los tratados internacionales, la costumbre, los principios generales del derecho y por

<sup>2</sup> Piza Escalante, Rodolfo E., “La *opinio juris* como fuente autónoma del derecho internacional (*opinio juris y jus cogens*)”, *Revista Relaciones Internacionales*, Heredia, Universidad Nacional, segundo trimestre de 1992, p. 60.

último a la equidad. En ese momento no se cuestionaba sobre si eran las únicas fuentes del derecho internacional, estaba claro que era un mero punto de referencia para el Tribunal Internacional de las Presas. Era, en efecto, un paso importante que después nos lleva a 1920 con el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), el antecedente de la actual Corte Internacional de Justicia (CIJ).

Entonces, en 1945 los fundadores de la ONU tomaron la formulación de las fuentes del derecho internacional de su antecedente CPJI y lo plasmaron en el artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Desde entonces, este artículo es tomado como punto de referencia tanto en la práctica como en la doctrina. Sin embargo, es claro que de 1920, fecha en que fue formulado originalmente el artículo 38-1, a la fecha, la composición de la comunidad internacional ha sufrido transformaciones muy importantes.<sup>3</sup>

En principio de cuentas, la práctica de los Estados ahora es totalmente diferente, hay una universalización de las relaciones internacionales, la diferencia que se hacía en otro momento de “naciones civilizadas” y las que no lo son, está totalmente fuera de contexto en nuestra época, la subjetividad internacional se ha transformado, actualmente el Estado ha perdido el monopolio de subjetividad que tenía a principio de siglo, y las revoluciones industriales (específicamente el desarrollo de las tecnologías de la computación y de la comunicación) han transformado dramáticamente la manera de comunicarse de los sujetos de derecho internacional.

Entonces, con la riqueza y complejidad de las actuales relaciones internacionales, el artículo 38-1 queda como un punto de partida y alrededor de él muchos cuestionamientos, de los cuales algunos han tenido una respuesta en la doctrina y la práctica internacional. Por ejemplo, como se expresa la *opinio juris* de los Estados. En otros casos, también el artículo 38-1 ha quedado como un traje fuera de medida, como veremos a continuación.

La primera pregunta que es pertinente hacer es si dicho artículo 38-1 es una expresión cerrada de las fuentes. Aquí la doctrina no se pone de acuerdo, aunque una parte de ella, muy influyente, lo niegue. Alf Ross, citado por Fitzmaurice, ve en la limitación de las fuentes en un sólo artículo el pe-

<sup>3</sup> Ige Dekker afirma al respecto: “*Article 38-1 dates from the time (1920) when the composition of the international community was completely different from today*”. Dekker, Ige F. y Post, Harry H. G., *On the Foundation and Sources of International Law*, TMC Asser Press, The Hague, 2003, p. 80.

ligo de que frecuentemente sea incompleto o inadecuado a la realidad. Para Ross la práctica internacional es la importante,<sup>4</sup> y tiene razón ya que la práctica internacional es mucho más rica y compleja que la simple expresión de un artículo en un documento internacional. Con razón para muchos doctrinarios el artículo 38-1 fue la base solamente de las decisiones de la CIJ, pero no de las fuentes del derecho internacional.<sup>5</sup> Entonces si tomamos como parámetro la práctica internacional encontraremos fuera de las fuentes mencionadas en el artículo 38-1 una serie de fenómenos que no tienen lugar todavía en la doctrina de las fuentes. O algunos autores simplemente tratan de subsumirlos en la costumbre como fuente, como baúl en donde cabe todo, cuando en la práctica muchas veces no se refiere a la costumbre.

Es claro que la CIJ en sus decisiones se debe de basar en lo dispuesto por el artículo 38-1, pero no más. Entonces, ¿cómo identificar otro tipo de fuentes diferentes a las que se mencionan en el artículo en cuestión? Para eso hay que recurrir a otros factores como la aceptación general, la práctica, no solamente la que se traduce o lleva a la costumbre internacional.

De esta manera, de un análisis detenido de la práctica internacional es posible identificar algunas manifestaciones de normatividad internacional en las resoluciones de los organismos internacionales, en los actos unilaterales y los acuerdos ejecutivos internos ya sean de los Estados o de los organismos internacionales.

### III. LAS RESOLUCIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

En un tiempo, la doctrina de derecho internacional se enfrascó en una discusión bastante amplia sobre la naturaleza jurídica de las resoluciones de los organismos internacionales. La discusión no era solamente teórica, sino que tenía una razón de ser práctica. Muchas de las resoluciones de la Asamblea General (AG) de la ONU fueron promovidas o inspiradas por los países subdesarrollados (por ejemplo la resolución que adopta la olvidada Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados) y la doctri-

<sup>4</sup> Fitzmaurice, Gerald, *op. cit.*, nota 1, p. 65.

<sup>5</sup> Zemanek, Karl, "The Legal Foundation of International System", *General Course on Public International Law*, Boston, Londres, Recueil des Cours, Academy of International Law, 1997, t. 266, Colección Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 13.

na que fundamentalmente predominó fue considerar que no eran obligatorias en virtud de su origen. La Carta de San Francisco no reconocía a la AG capacidad de dictar resoluciones obligatorias.

Sin embargo, en contra de esta postura, muchas resoluciones han tenido una repercusión indudable en el derecho internacional. Tal es el caso de la Resolución de la AG 2625 (XXV) del 24 de octubre de 1970 sobre la “Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional”, o bien la Resolución de la AG 33(XXIX) que da una definición del término agresión en derecho internacional. Ningún gobierno o juez internacional que quiera tomar una postura respecto de un caso de agresión puede omitir esta resolución. Es trascendente que el profesor Dupuy, árbitro en el caso Texaco, aplicó la Resolución de la AG sobre la Declaración respecto de la soberanía permanente sobre sus recursos naturales sin ningún problema.<sup>6</sup> Aunque después se afirme, por una parte de la doctrina, que estas resoluciones forman parte del derecho consuetudinario general.

En efecto, con la finalidad de sostener la idea de que las resoluciones de la AG no tienen carácter obligatorio y explicar la gran autoridad jurídica que tienen algunas resoluciones, se ha tratado de dar una respuesta vía el mecanismo de creación de la costumbre internacional. Se sostiene que muchas de estas resoluciones recogen el derecho consuetudinario, o bien son el punto de partida de creación de la costumbre internacional. Aún más, en la doctrina apareció el concepto de *soft law*, que es atribuido al internacionalista lord Mc Fair, quien usaba el término como sinónimo y como una manera de diferenciar las proposiciones de *lege lata* y de *lege ferenda*.<sup>7</sup> Pero una corriente doctrinal adoptó el término de *soft law* y le dio un significado mucho más amplio. Con él se comprenden aquellos instrumentos internacionales que se considera que poseen efectos legales, aunque no pertenecen al verdadero derecho. Aquí se refiere a las Resoluciones de la AG, Declaraciones de Conferencias Ministeriales, Códigos de Conducta, declaraciones conjuntas, etcétera, aun las disposiciones más flexibles, diferentes a los tratados.<sup>8</sup>

Este concepto de *soft law* ha sido el centro de una discusión doctrinal bastante interesante, en donde se confrontan diferentes escuelas del pensa-

<sup>6</sup> Fastenrath, Ulrich, “Relative Normativity in International Law”, en Koskeniemi, Martti, *op. cit.*, nota 1, p. 195.

<sup>7</sup> *Idem.*

<sup>8</sup> *Idem.*

miento jurídico internacional (positivistas vs jusnaturalistas) fundamentalmente a partir del artículo en inglés del profesor francés Prosper Weil, “Toward Relative Normativity in International Law”.<sup>9</sup> Aparte de las críticas del profesor Prosper Weil que ve el peligro de la relativización del derecho internacional, el concepto de *soft law* puede tener un valor académico en la enseñanza del derecho internacional, en la sistematización del conocimiento, pero en la práctica no tiene ningún sustento. El derecho internacional es o no es. En una crítica acertada, Szetucki afirma:

*Primo, the term is inadequate and misleading. There are two levels or “species” of law—something is law or is not law. Secundo, the concept is counterproductive or even dangerous. On the one hand, it creates illusory expectations of (perhaps even insistence on) compliance with what no one is obliged to comply; and on the other hand, it exposes binding legal norms for risks of neglect, and international law as a whole for risks of erosion, by blurring the threshold between what is legally binding and what is not.*<sup>10</sup>

Los sujetos del derecho internacional en la práctica no realizan negociaciones para después decir que no es derecho. Además, es un concepto bastante peligroso en cuanto que debilita el significado de legalidad en las relaciones internacionales, pues atenta en contra del concepto de seguridad jurídica que es fundamental en el sistema de derecho internacional.<sup>11</sup> Esta postura tiene un alto grado ideológico ya que la Asamblea General es el órgano más adecuado de los países subdesarrollados para crear normas jurídicas.<sup>12</sup> Mucha de la normatividad que se desprende de estas resoluciones podría tener un efecto muy trascendente en la configuración del orden internacional. Sin embargo, históricamente los países desarrollados dominantes política y económicamente tratan de ejercer un dominio en la

<sup>9</sup> En Koskeniemi, Martti, *op. cit.*, nota 1, pp. 123-152.

<sup>10</sup> Tomado de Harris, J., *Cases and Materials on International Law*, 5a. ed., Londres, Thomson, Sweet&Maxwell, 1998, p. 65.

<sup>11</sup> El juez de la Corte Internacional de Justicia M. Bedjaoui afirmó: “*Law is the science of security. The legislator, the administrator and the courts all contribute to this security*”. “Expediency in the Decisions of the International Court of Justice”, *The British Yearbook of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 2001, p. 1.

<sup>12</sup> Mavroidis, Petros C., “The International Law Compensation for Expropriation Standard; Sources of Law”, *Revue Hellenique de Droit International*, L’Institut de Droit International et Etrangere, año 45, 1992, p. 86.

estructuración del orden jurídico internacional.<sup>13</sup> Por ejemplo, en contraposición, a nivel del Consejo de Seguridad (CS) hay una serie de resoluciones de este órgano de las NU que son cuasi legislativas. Pues además de que son obligatorias crean nuevas situaciones jurídicas, lo que convierte al CS en un órgano legislativo *de facto*. Ese fenómeno se puede observar en las resoluciones del CS en materia de lucha contra el terrorismo.<sup>14</sup>

Entonces, nos podemos detener y preguntar: ¿por qué en el caso de las resoluciones de la AG se debate intensamente sobre su naturaleza jurídica, en cambio cuando se trata de resoluciones del CS, que es un órgano donde domina un grupo cerrado, limitado, de las antiguas y actuales potencias militares, la doctrina es reticente, omisa, aun cuando es claro que actúa *ultra vires* en algunas de sus resoluciones?

Más que interpretar a las resoluciones de los organismos internacionales a través de la costumbre internacional, es necesario tomar en cuenta el grado de aceptación (el número de Estados, el elemento cuantitativo) y el objeto de la resolución (el elemento cualitativo). Las resoluciones tienen objetivos concretos: hacer meros pronunciamientos o bien establecer situaciones jurídicas de carácter normativo, es decir, para una mejor comprensión de las resoluciones y darles la interpretación que le corresponde es necesario buscar su *opinio juris*. No como un elemento de la costumbre internacional, insisto, sino como una característica de las resoluciones que en la práctica son negociadas arduamente y debatidas como cualquier otra norma convencional. Se ha cometido el error de tratar de darle a las resoluciones carácter normativo buscando la salida de la costumbre internacional como una explicación, entonces se construyen explicaciones forzadas como la de “costumbre instantánea”, para decir que una resolución tiene carácter normativo no *per se*, sino porque, o bien los dos elementos de la costumbre se

<sup>13</sup> Al respecto, M. Byers afirma: “Powerful countries have always shaped the international system to their advantage. In the sixteenth century, Spain redefined basic concepts of justice and universality so as to justify the conquest of indigenous people in Mexico and elsewhere. In the eighteenth century, France developed the modern concept of borders, and that of the balance of power, to suit its continental strengths. In the nineteenth century, Britain introduced new rules on piracy, neutrality and colonialism—again, to suit its particular interests as the predominant power of the time”. Byers, Michael “International Law and the Angry Superpower”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 3, 2003, p. 97.

<sup>14</sup> Guillaume, Gilbert, *The Terrorism in International Law, Lecture at British Institute of International & Comparative Law*, Londres, 13 de noviembre.

han configurado, o porque la resolución significa la codificación de la costumbre internacional.

#### IV. LOS ACTOS UNILATERALES

La doctrina de derecho internacional está dividida en este tema ya que muchos especialistas ven con escepticismo la existencia de una norma internacional derivada de un acto unilateral,<sup>15</sup> más bien consideran que el acto jurídico internacional tiene una explicación de ser en las fuentes tradicionales, por ejemplo la costumbre internacional y los tratados internacionales. El realidad, el tema de los actos unilaterales ha sido objeto de análisis en la doctrina<sup>16</sup> y jurisprudencia internacional<sup>17</sup> en forma más o menos frecuente. Sin embargo, en forma más contundente, en 1997 se puso en la agenda de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU con el objeto de establecer un concepto, precisar el funcionamiento de esta clase de actos y establecer sus consecuencias jurídicas.<sup>18</sup>

De esta manera, de acuerdo con el proyecto elaborado por el relator especial de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU, Víctor Rodríguez Cedeño,<sup>19</sup> se entiende por acto unilateral del Estado: “una manifestación de voluntad inequívoca del Estado, formulada con la intención de producir efectos jurídicos en sus relaciones con uno o varios Estados o una o varias organizaciones internacionales y que es del conocimiento de ese Estado o de esa organización internacional”.<sup>20</sup>

Los elementos de esta definición son los siguientes:

<sup>15</sup> Véase Thirway, Hugo, “The Sources of International Law”, en Evans, Malcom D., *International Law*, Oxford University Press, 2003, p. 139.

<sup>16</sup> Véase Degan, “Unilateral Acts as Sources of Particular International Law”, *FYIL*, vol. 5, 1994, pp. 149-266.

<sup>17</sup> Véanse las decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional del año de 1933 en el caso sobre Groenlandia Oriental, sobre los Ensayos Nucleares dictada por la Corte Internacional de Justicia en 1974, sobre las Actividades Militares y Paramilitares en y en contra de Nicaragua de 1986, y la Controversia Fronteriza de Burkina Faso vs. Mali de la misma CIJ de año de 1986.

<sup>18</sup> Véase Guerrero Peniche, Nicolás y Rodríguez Cedeño, Víctor, “Los actos unilaterales de los Estados en derecho internacional: los Trabajos de Codificación en la Comisión de Derecho Internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. III, 2003, pp. 195-223.

<sup>19</sup> El documento se puede consultar en Guerrero Peniche, Nicolás, *ibidem*, pp. 221-223.

<sup>20</sup> Artículo 1o. del proyecto.

- Una manifestación de voluntad inequívoca del Estado. Dicha manifestación no da cabida a dudas y lo que se podría criticar es que se refiere a los Estados y olvida a los organismos internacionales, lo cual es una posición bastante limitada.
- Formulada con la intención de producir efectos jurídicos en sus relaciones con uno o varios Estados o una o varias organizaciones internacionales. Se requiere la expresión de una *opinio juris* en las relaciones con otros Estados y, aquí sí, con tino, toma en cuenta a las organizaciones internacionales.
- Es del conocimiento de ese Estado o de esa organización internacional. Se requiere una expresión de voluntad de la parte contraria para que haya una vinculación, con lo que deja de ser estrictamente un acto jurídico internacional para convertirse en una convención. Lo cual es comprensible ya que un acto no puede vincular a otro Estado u OI sin su consentimiento, a menos de que sea para su beneficio, pero esto se debería expresar en la definición.

Por otra parte, el proyecto establece reglas concretas de validez de los actos unilaterales, de interpretación y hace descansar su obligatoriedad en la norma *Acta sunt servanda*.

Aunque este es sólo un proyecto, e indudablemente sea necesario afinar algunas de sus disposiciones, lo más interesante es su reconocimiento como fuente de derecho internacional, lo cual es un paso importante en la desdramatización del artículo 38-1.

## V. LOS ACUERDOS DE LOS ÓRGANOS INTERNOS (ACUERDOS EJECUTIVOS INTERNOS)

Otro interesante fenómeno jurídico internacional es el relativo a lo que la doctrina conoce como acuerdos ejecutivos que no sólo aparecen, como generalmente se les conoce, en la práctica de los Estados, sino también de los organismos internacionales. Estos acuerdos ejecutivos internacionales también se manifiestan en muchas formas y los Estados y los organismos internacionales se sirven de ellos como instrumentos para realizar sus fines administrativos del diario. El cumplimiento de estos acuerdos ejecutivos se basa en el principio simple de que por un lado no se puede negociar un acuerdo ejecutivo, y por el otro incumplirlo.

Al aumentar las relaciones económicas y culturales entre los Estados, no es posible omitir la realización de este tipo de acuerdos y además sería impensable el flujo normal de las relaciones entre los Estados y organismos internacionales sin este tipo de acuerdos.<sup>21</sup>

Ejemplos de estos tipos de acuerdos hay muchos y a diferentes niveles, para empezar están los acuerdos entre instancias de gobierno diferentes a las de los Estados. Es el caso de los acuerdos entre instancias de gobierno locales (condados, municipios, estados, etcétera) con sus similares fronteras para cuestiones de administración o de servicios públicos. Este tipo de acuerdos son comunes en las relaciones internacionales.

Pero también aparecen en los OI. Por ejemplo, está el caso de la vigilancia que ejercen los organismos financieros internacionales sobre los Estados deudores. Para algunos, esta es una función de carácter regulatorio o jurisdiccional<sup>22</sup> que tiene un gran impacto en el ámbito interno de los Estados. Es conocido el condicionamiento de comportamiento de derecho interno que mediante las “cartas de intención”, los organismos financieros internacionales ejercen sobre los Estados que contraen un crédito. Aquí, la calificación que se le puede dar a ese tipo de condicionamientos de “justos”, “adecuados”, “necesarios” es ocioso; lo más importante es que *de facto*, esos actos son productores de obligaciones y derechos, es decir, se manifiestan como normas jurídicas de derecho internacional.

En efecto, el Banco Mundial (BM) consigue muchos de sus objetivos, en relación con sus reportes económicos, por la vía de recomendaciones que se consideran confidenciales. De esta manera, los “acuerdos de préstamo” que realiza el BM, que son los actos formales y fundamentales, no tienen nada que ver con los cambios que suelen ser muy trascendentes que sufre el

<sup>21</sup> Yasuaki, Osuma, “International Law in and with International Politics: The Functions of International Law in International Society”, *European Journal of International Law*, vol. 14, núm. 1, febrero de 2003, p. 121.

<sup>22</sup> Por ejemplo se afirma que: “*Surveillance is a regulatory or jurisdictional function, which has traditionally focused on the assessment of the exchange arrangements, the exchange rate and the balance of payments. Surveillance entails judgement on the part of the Fund, and with any judgement, a degree of discretion is always involved. In the case of surveillance, the exercise of thus “judgement” is particularly complex, because of the interconnectedness between domestic and foreign economy policy, the interdependence amongst countries, and the political and social consequences of some sensitive economic decisions*”. Lastra, Rosa María, “The International Monetary Fund in Historical Perspective”, *Journal of International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press, vol. 3, núm. 3, septiembre de 2000, p. 515.

Estado en cuestión, producidos por la vía de las recomendaciones informales del BM que se mantienen ocultas bajo el velo de confidencialidad.

El internacionalista estadounidense Oscar Shachter ya ha observado este fenómeno y además comenta que mucha de la efectividad de las organizaciones internacionales se encuentra en la actividad que no involucra o tiene que ver con decisiones explícitas o claras obligaciones.<sup>23</sup>

Entonces, lo interesante no es que existan este tipo de acuerdos, e insisto, es indudable y necesaria su existencia, el gran problema es su atipicidad en la doctrina y su falta de regulación en DI. ¿Cuáles son los límites de responsabilidad de los participantes en los acuerdos ejecutivos?, ¿Qué órganos pueden realizarlos? Son cuestiones para las que la doctrina no tiene una respuesta. Por otra parte, como lo mencioné anteriormente, la práctica interna de estos acuerdos es muy variada y aquí se presenta otro problema que tiene que ver con el derecho interno.

## VI. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL POR EL DERECHO INTERNO

Hay una tendencia en la doctrina, bastante sana, de olvidar 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. Cómo se establecen los controles internos para permitir la adquisición de compromisos a nivel internacional, qué órganos están capacitados para ello, si se requiere de actos legislativos para la validez de la normatividad internacional, qué fuentes del derecho internacional son reconocidas por el orden jurídico interno, todas son cuestiones que a cada soberanía estatal corresponde contestar.

El derecho internacional establece su estructura, los mecanismos de validez de sus normas y de responsabilidad en caso de incumplimiento, pero el paso para vincular a los individuos o hacer válida la normatividad en la esfera de la soberanía de los Estados es algo ajeno al derecho internacional,

<sup>23</sup> Rigo Suveda, Andrés, "Informality and Effectiveness in the Operation of the International Bank for Reconstruction and Development", *Journal of International Economic Law*, Oxford, Oxford University, Press, 2003, p. 566.

corresponde a los Estados determinar y de esta manera podrían existir tantos sistemas de recepción del derecho internacional como Estados.

Pero, ¿qué sucede en el caso de colisión de normas del derecho internacional con las del derecho interno. La norma general reconocida por la jurisprudencia internacional es que en caso de conflictos entre las obligaciones internacionales y el derecho nacional, el primero prevalece. Así lo establece, por ejemplo, el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. Las obligaciones internacionales contraídas por los Estados deben cumplirse de buena fe, pero en una actitud de respeto del ámbito interno ya que no pueden declarar inválidas las leyes internas.<sup>24</sup>

Esta obligación también se encuentra en el Proyecto de Declaración sobre los Derechos y Obligaciones de los Estados preparada por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, en una fórmula bastante amplia, porque no se refiere sólo a los tratados. El artículo 13 establece: “Todo Estado tiene la obligación de cumplir de buena fe sus obligaciones derivadas de los tratados y otras fuentes de derecho internacional, y no puede invocar disposiciones de su Constitución o sus leyes como una excusa del incumplimiento de sus deberes”.

Esta fórmula, bastante conocida en la doctrina, fue considerada como “una contribución al desarrollo progresivo del derecho internacional y a su codificación”, por la Resolución de la Asamblea General (AG) 375 (IV) de 1949.<sup>25</sup>

En realidad no existe ningún conflicto, a pesar de que una parte de la doctrina sigue discutiendo sobre las posiciones de las escuelas monistas o dualistas. Si tomamos en cuenta que el derecho internacional es un sistema jurídico específico que tiene sus propios sujetos, veremos que ambos sistemas en lugar de contraponerse se complementan. El derecho internacional obliga a sus sujetos y ocasionalmente a los individuos a través de los Estados o de los OI. Generalmente para que una norma jurídica internacional

<sup>24</sup> Véase la Opinión Consultiva OC-14/9a de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Advisory Opinion, OC-14/94, serie A, núm. 14, párrafo 35, 116, ILR, p. 320.

<sup>25</sup> También en la Opinión Consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de Intercambio de Población de Grecia y Turquía. Advisory Opinion P.C.I.J., Reports, serie B, núm. 10, 1925, p. 20. Ahí se estableció: “*This clause... merely lays stress on a principle which is self-evident, according to which a State which has contracted valid international obligations is bound to make in its legislation such modifications as may be necessary to ensure the fulfilment of the obligations undertaken*”.

tenga aplicación en derecho interno, por ejemplo, una norma derivada de un tratado, se necesita que una norma interna de recepción la reconozca. Hay casos como el mexicano que tiene una apertura a los tratados internacionales que no es muy usual entre los Estados, pero por otra parte, es muy estrecha en cuanto se refiere a otro tipo de fuentes.

Siendo el derecho internacional un sistema descentralizado, requiere del concurso de los sujetos para la aplicación de su normatividad. Por otra parte, en virtud de la soberanía de los Estados, las normas de recepción varían de Estado a Estado, lo que causa que en algunos casos el camino que viene desde la creación hasta el cumplimiento en lo interno de los Estados, se vea trunco, sobre todo cuando el Estado en cuestión no posee normas de recepción idóneas del derecho internacional. Es aquí donde inicia el trabajo de los constitucionalistas. Si se pretende determinar los sistemas de recepción de los diferentes Estados, un punto de partida es analizar sus normas constitucionales, en el entendido de que si bien el marco jurídico que proporcionan es muy importante, no es suficiente porque sería necesario conocer sus leyes internas. Como es el caso del nuevo Estado ruso que tiene una nueva ley de tratados,<sup>26</sup> o bien del caso de los Estados Unidos y el Reino Unido de la Gran Bretaña (RUGB) que poseen toda una práctica que se refleja en la jurisprudencia emitida por sus tribunales.

A continuación hago un pequeño recorrido<sup>27</sup> para mostrar algunos de los sistemas de recepción del derecho internacional, sobre todo en lo que toca al grado de aceptación de la normatividad internacional.

## 1. Holanda

La Constitución de 1953, reformada en 1987, 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. De esta manera, las características fundamentales son las siguientes:

El artículo 66 de la Constitución 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. Dicha aprobación puede

<sup>26</sup> Butler, W., *The Russian Law of Treaties*, Londres, Sinmonds and Hill, 1997.

<sup>27</sup> Tomado de Denza, Eiteen, "The Relationship Between International and National Law", en Evans, Malcom D. (ed.), *International Law*, Oxford, 2003, pp. 422-428.

ser tácita o expresa. Sin embargo, alguna categoría de tratados están excluidos de aprobación parlamentaria.

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

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

En su documento constitucional *Grundgesetz*, la Ley Básica alemana 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 pueden transferir poderes soberanos a las instituciones gubernamentales, en particular a la Unión Europea y a un sistema de seguridad colectivo a fin de mantener la paz y seguridad en Europa y otras naciones del mundo.<sup>28</sup>

## 3. Francia

La Constitución francesa también se refiere a los tratados:

Los tratados de paz, los tratados comerciales, tratados o acuerdos relativos a las organizaciones internacionales, aquellos que imponen una carga financiera al Estado, aquellos que modifican las disposiciones legislativas,

<sup>28</sup> “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.

aquellas relativas al estado personal, aquellas relativas a la cesión, intercambio o adición de territorio, pueden no ser ratificadas o aprobadas a excepción, o en virtud de una ley.<sup>29</sup>

En el caso de que el Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) declare que cuando una disposición convencional contenga alguna disposición contraria a la Constitución, la autorización para su ratificación puede darse sólo después de que la Constitución sea reformada. Los tratados debidamente ratificados, después de su publicación, tienen autoridad superior a la legislación.

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

Por otra parte, el artículo 55 de la Constitución francesa establece que un tratado debidamente ratificado y publicado precede sobre las leyes nacionales, independientemente de si son anteriores o posteriores.

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 colisionara con la Constitución. Lo mismo sucedió con la Constitución del RUGB que fue reformada para hacer posible la aceptación de la *European Communities Act* de 1972.

#### 4. Rusia

Algunas disposiciones que parecían poco claras en la Constitución de 1993, fueron explicadas 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 aquéllas estipuladas por las leyes, prevalecen las normas del tratado.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Artículo 53 de la Constitución francesa.

<sup>30</sup> Artículo 15.4 de la Constitución rusa.

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 con 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 aquéllos que ya están en vigor.<sup>31</sup>

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, requeridos a la luz del artículo 17.

La Corte estableció que estos actos estaban 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.

## 5. *Estados Unidos*

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 EEUU, George Washington, limitó la consulta solamente a la aprobación del senado.

El artículo VII, sección 2, establece, en una fórmula que después fue tomada por la Constitución mexicana y por otras Constituciones de América Latina, que:

*This Constitution, and the laws of the status which shall be made in pursuance thereof, and all treaties made, or which shall be made, under the*

<sup>31</sup> Danilenco, G., “The New Russian Constitution and International Law”, *AJIL*, 1994; “Implementation of International Law in CIS States: Theory and Practice”, *EJIL*, 1999.

*authority of the United states, 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, and thing in the Constitutions or laws of any State to the Contrary notwithstanding.*

Así, el derecho internacional fue aceptado como parte del derecho de los Estados individuales, y después como parte del derecho federal, 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.

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 US 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.*<sup>32</sup>

Las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de los EEUU sobre la inconsistencia de las leyes frente al DI o la interpretación del derecho internacional, 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 cuáles tienen esta categoría. En este caso, para que un acuerdo ejecutivo entre en vigor, es la legislación de aplicación, más que el acuerdo, lo que es considerado como derecho de los Estados Unidos.

<sup>32</sup> Capítulo 2 “Status of International Law and Agreements in United States Law”, s. III.

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, lleva el liderazgo en esta materia.

Ahora bien, bajo la Constitución de los EEUU, 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 determinó en el *Caso Beard* en donde la 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 el caso *Salomón vs Commissioners of Customs and Excuse*, Lord Denning 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*”.<sup>33</sup>

En la decisión de la *Southern District Court of New York* en el *Caso US vs The Palestine Liberation Organization and others* que estableció que la *US Antiterrorism Act* del año de 1988 no reemplazó el acuerdo de sede entre la ONU y los EEUU, 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 interpret statutes in a manner consonant with existing treaty obligations. This a rule of statutory construction sustained by an unbroken line of authority for over a century and a half*”.<sup>34</sup>

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.

<sup>33</sup> 1967, 2, QB, 116.

<sup>34</sup> *American International Law Cases*, serie 2, vol. 12, p. 386, 695 F. Supp 1456 91988): 82 ILR 282).

## 6. *El Reino Unido de la Gran Bretaña*

En este país, el Parlamento tiene el máximo poder para establecer y cambiar las leyes. La política exterior, incluyendo la conclusión y finalización 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 rendirle cuentas al Parlamento por su conducta en asuntos extranjeros.

La costumbre internacional es tomar 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 y 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 requieren cambios en la ley o en la jurisdicción del Reino Unido, o en el pago de dinero (que debe 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 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.<sup>35</sup>

Por otra parte, el Reino Unido acepta el derecho internacional consuetudinario como una parte de su derecho interno nacional. Algunos países del *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 a 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 re-

<sup>35</sup> Véase WA 1101, BYIL, 1996, 746.

gla de la costumbre internacional es una regla del derecho escocés”.<sup>36</sup> Sin embargo, la postura de la Corte escocesa no era tan simple, pues junto con la decisión había que resolver varias cuestiones importantes. Primero, 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 sí.

## VII. CONCLUSIONES

Es muy importante, tanto en la práctica como en la doctrina de derecho internacional, la desacralización del artículo 38-1 del Estatuto de la CIJ. Este artículo se debe ver como un punto de referencia de las decisiones de la CIJ, pero no como una enumeración cerrada de las fuentes, como una verdad dogmática. Las relaciones internacionales han sufrido cambios muy trascendentes durante el siglo pasado y es seguro que en los inicios de este siglo se mantendrán en una forma acelerada.

De esta manera es necesario incorporar a las fuentes tradicionales de DI otras fuentes como los actos unilaterales, las resoluciones de los organismos internacionales y los actos ejecutivos, que ya se han manifestado en la práctica internacional y que no han tenido una mayor atención de la doctrina que no sale de sus explicaciones de la realidad internacional a través de la costumbre y los tratados internacionales.

Por una parte, los casos analizados de sistemas de recepción del derecho internacional muestran un grado de diversidad, y por otra de omisión de algunos actos jurídicos internacionales. Las fórmulas constitucionales de referirse a los tratados internacionales y a la costumbre, en el mejor de los casos, se convierten en una fórmula cerrada cuando estamos hablando de

<sup>36</sup> Casos de John V. Donnelly y Lord Advocate's, referente núm. 1, 2000, 2001 S. L. T. 507 (Greenock antinuclear activists, described in Neff, 2002).

otros fenómenos de la práctica internacional como, por mencionar uno, los actos unilaterales.

Esta omisión trae por consecuencia que los controles que normalmente tienen los sistemas constitucionales no funcionen correctamente. Salvo en los países, como los Estados Unidos y la Gran Bretaña, que poseen sistemas casuísticos y que dan respuesta a los casos concretos que se presentan. En los Estados de Constitución escrita, rígida, se requieren cambios constitucionales para referirse a la nueva fenomenología a la que nos referimos aquí.

En espera de un mejor diseño constitucional, la doctrina jurídica debe discutir, de una manera amplia, la nueva fenomenología internacional que deriva en nuevas fuentes del derecho internacional del siglo XXI.