

ALF ROSS Y SU CONCEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Introducción

El orden jurídico internacional, por su peculiar naturaleza, ha sido objeto de un sinnúmero de opiniones teóricas sobre dos tipos de problemas: el de su fundamentación y el de su eficacia. En uno y en otro caso existen diferentes tendencias o formas de apreciación, algunas de las cuales se han originado en escuelas jurídico-filosóficas que han tenido relevancia en la formación doctrinaria del derecho internacional.

En tal sentido cabe mencionar que, como una necesidad de superación del dogmatismo positivista creado en torno al poder del Estado, algunos especialistas intentaron fórmulas para presentar al derecho no desde el punto de vista de lo estrictamente jurídico, sino introduciéndole matices psicológicos, sociológicos y axiológicos. Con estos intereses surgieron las escuelas Realistas (sico-sociológica) y Jusnaturalista Moderna (jurídico-axiológica) en torno al derecho internacional.

En la primera de ellas se encuadra al jusfilósofo danés Alf Ross. Entre sus funciones magisteriales destacó como profesor de derecho internacional en la Universidad de Copenhague, formando, además, parte del grupo docente de la Universidad de Upsala, en Suecia. Su conocimiento del derecho tanto en lo interno como en lo internacional, lo llevó a colaborar con el gobierno de su país, como consejero jurídico, en materia de relaciones internacionales.

Entre sus aportaciones a la materia que nos ocupa se encuentran, básicamente, *A Textbook of International Law* (London, Longmans, Green and Co., 1947) y su *Constitution of the United Nations. Analysis of function and structure* (Copenhague, Munksgaard, 1950).¹

¹ *Constitución de las Naciones Unidas*, versión española por Fernando Arias Parga, Madrid, 1954. Entre los artículos de Ross sobre el derecho internacional cabe destacar, entre otros: "La souveraineté des états et la Société des Nations" (traducción del alemán por León Devogel), *Revue de Droit International et de Legislation Comparée*, Bruselas, 1931; "Is the Charter of the United Nations a treaty or a constitution?" (traducido al italiano en 1950), *Jus Gentium. Nordisk Tidsskrift for Folkeret og International Privatret*, Copenhague, 1949; "Power Politics and the ideology of the United Nations", *Jus gentium* Copenhague, 1952; "Law and the growth of international society", *University of Illinois Law Forum*, 1956.

Como el autor expuso su doctrina sobre el derecho internacional en la primera de las obras citadas, a ella se hará referencia a lo largo de este artículo.

En la imposibilidad de comentar cada uno de los doce capítulos que integran el libro en cuestión —y que abarcan temas tradicionales en la materia— se abordarán sólo aquellos que contienen el núcleo más novedoso del pensamiento de Ross frente al criterio generalmente aceptado en torno a las instituciones del derecho internacional.

I. RELATIVO AL CAPÍTULO I.

EL CONCEPTO Y PRESUPUESTO DEL DERECHO INTERNACIONAL

A. El concepto de derecho internacional

1. *La definición tradicional*

Este tema lo abordó Ross partiendo de la definición más común que de este orden jurídico se ha dado, la de que el derecho internacional es un cuerpo de normas que obligan a los estados en sus relaciones con otros. Este derecho que rige entre estados contrasta con aquel válido para estados individuales, el cual es llamado derecho interno, nacional, estatal o municipal.

Las normas jurídicas, dice el profesor Ross, no son ideas flotando en el aire sino que están asociadas y conectadas con un todo, son sistemas jurídicos elaborados, dirigidos a sociedades humanas concretas.² El derecho internacional es un sistema jurídico conectado con una cierta sociedad: la sociedad de estados; pero esta sociedad no está coordinada con la británica, o con la alemana, o la danesa (para tomar los ejemplos que específicamente han sido citados por el autor en la obra que se analiza), sino que es más amplia, ya que abarca las partes individuales del todo jurídico.

Desde este punto de vista, continúa el autor, se ha aceptado que la suma de los sistemas nacionales más el derecho internacional es exhaustiva; o a la inversa, que el universo jurídico en su totalidad puede ser dividido en sistemas legales válidos para estados individuales (derecho interno) y en el sistema jurídico válido para todos los estados (derecho internacional).³

² En relación a la concepción de Ross sobre la norma jurídica puede verse Esquivel Pérez, Javier, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980, pp. 81-112.

³ Ross, Alf, *A Textbook of International Law*, London, Longmans, Green and Co., 1947, p. 11.

Podríamos deducir del anterior planteamiento que el profesor danés se mostró partidario de un monismo jurídico; sin embargo, como se verá más adelante, el autor llega a contradecirse en este sentido manifestándose, al menos aparentemente, a favor de un dualismo.⁴

La concepción tradicional del derecho internacional antes mencionada es calificada por Ross como *extremely incomplete*, en tanto que no se ha dado una clara definición de lo que se entiende por Estado.

La experiencia muestra una gran variedad de comunidades jurídicas interdependientes, superiores y subordinadas, cada una de las cuales puede, en cierto sentido, considerarse como constitutiva de un todo individual; así tenemos, por ejemplo, los municipios, los distritos, las provincias, estados-miembros, estados "ordinarios", estados federales, etcétera. Pero, se pregunta Ross, ¿en qué grado de esta escala ascendente situamos al Estado en el sentido que se le ha dado en la definición del derecho internacional?

Desafortunadamente las exposiciones sobre el derecho internacional no han respondido con claridad a esta importante cuestión. Como regla, al Estado se le ha definido por su soberanía y a este término también se le ha tratado de explicar por la relación del Estado con el derecho internacional.

A reserva de volver a este punto posteriormente, podemos adelantar con Ross que a la soberanía, por ejemplo, se le ha definido como la mera sujeción al derecho internacional, es decir, como la calidad de ser sujeto sólo de ese orden jurídico y no del derecho estatal. Pero en este caso "la definición dada del derecho internacional puede carecer de significación".⁵ Según el profesor Ross, estamos frente a un círculo vicioso, porque para determinar si una norma es internacional debemos saber si la comunidad jurídica a la que se aplica es un Estado.

El término "derecho internacional" es definido con referencia al término "Estado" y la definición del término "Estado" nuevamente refiere al término "derecho internacional". Una definición así, muerde su propia cola y es circular. La consecuencia es que en este punto la definición es en realidad un vacío.⁶

En este orden de cosas Ross introdujo en su texto la noción de "comunidad autónoma" para resolver el problema.

2. Las comunidades autónomas

Estamos aquí ante uno de los aspectos propios del pensamiento de Ross sobre el derecho internacional. Intenta el autor, ahora con una base diferenciadora

⁴ *Op. cit.*, pp. 59-73.

⁵ Aparece con letras cursivas en el texto que se analiza.

⁶ Ver Ross, Alf, *op. cit.*, pp. 12-13.

entre derecho interno y derecho internacional, ofrecer un punto de partida diferente para lograr una más clara definición de la materia que nos ocupa.

Con este fin parte Ross del concepto de comunidad jurídica. Es un hecho, explica, que una comunidad jurídica junto con otras comunidades jurídicas coordinadas puede entrar como elemento en una más amplia comunidad jurídica superior.

En Dinamarca, los municipios tienen el derecho de gobernarse en sus asuntos particulares bajo la supervisión del Estado. Así, cada distrito municipal constituye una comunidad jurídica independiente, con un derecho propio. Pero, al mismo tiempo, todos los municipios son elementos de una comunidad jurídica más amplia, el Estado danés. Éste, a su vez, es una parte dentro de la sociedad de Estados. A menudo uno o más lazos internacionales se introducen entre el municipio y el Estado, tal como el enlace que puede surgir entre el Estado y la comunidad internacional, por ejemplo el Estado federal.⁷

Éste ofrecería la posibilidad de una construcción primordial de comunidades jurídicas. La unidad colectiva quedaría entonces subordinada a un poder jurídico superior (que es quien decide el derecho a aplicar). Sólo las comunidades como tales, no los individuos, quedarán sujetos a un orden jurídico superior. Esto no es absoluto, habrá ocasiones en que la comunidad superior puede entrar en contacto directo con el individuo y otras en que la comunidad subordinada y sus órganos realicen sus propósitos.

Para explicar mejor esta cuestión Ross ofrece la siguiente definición: "una comunidad jurídica es llamada *autónoma cuando y en tanto sea el poder superior en relación con los miembros individuales*".⁸

Con base en lo anterior distingue:

- a) *Comunidad totalmente autónoma*, lo que quiere decir que lo son en todas las esferas;
- b) *Comunidades parcialmente autónomas*, lo que significa, que lo son únicamente en ciertas esferas, y
- c) *Comunidades no autónomas*, o sea aquellas cuyo derecho puede, en cualquier esfera, ser sustituido por el derecho de la comunidad superior.

El Estado danés, siguiendo con el ejemplo arriba citado, es una comunidad totalmente autónoma, y además el orden superior frente al municipio, que es una comunidad no autónoma. El derecho danés es válido no solamente *para* la municipalidad, sino también *en* la municipalidad.

⁷ *Ibid.*, p. 14.

⁸ Aparece con letras cursivas en el texto que se analiza, p. 15.

Ahora, como ejemplo de comunidad parcialmente autónoma el autor menciona al Estado de Nueva York, dado que, según la Constitución americana, los estados de la Unión tienen algunas esferas sobre las que legislan directamente, teniendo las leyes que surjan de tal proceso fuerza obligatoria sobre los habitantes de los estados individuales; pero, en otras materias, esos estados federales están sujetos o subordinados al orden jurídico superior, es decir, al Estado americano que es también, a la luz de las distinciones antes mencionadas, una comunidad totalmente autónoma.

3. Una nueva definición del término "derecho internacional"

Con base en las anteriores explicaciones, propuso Ross que, en la definición tradicional que califica al derecho internacional como un derecho válido para estados en sus relaciones con los demás, el término "Estado" podría reemplazarse por el de "comunidades jurídicas autónomas".⁹

Así entonces, el derecho internacional puede ser convenientemente definido como *el derecho válido para (obligatorio sobre) comunidades jurídicas autónomas*, la marca distintiva sería que este derecho nunca va a obligar directamente a los individuos, pero deberá siempre resultar efectivo por medio del derecho interno de las comunidades autónomas.

Con esto pretende Ross subsanar el error que, a su juicio, el término "Estado" puede originar con respecto a los estados partes de un todo o estados federales.

Justamente en este punto se encuentra uno de los matices especiales que el profesor danés pretendió dar al derecho internacional.

La cuestión crucial, dice Ross, que origina una definición del derecho internacional, estriba en saber si hay diferencias esenciales que justifiquen una división sistemática del derecho en las especies derecho internacional y derecho interno. La justificación de tal decisión depende precisamente del criterio establecido en la definición.¹⁰

Desde un punto de vista práctico está claro, continúa Ross, que sería de interés reunir, dentro de un sistema, todas las normas que directamente obligan a los ciudadanos de una cierta comunidad jurídica y que son aplicadas por los tribunales de esta comunidad. El contenido del derecho internacional, en muchos

⁹ El autor utiliza el término *self-governing communities*, que literalmente se traduciría como comunidades autogobernadas. Considero que es mejor traducción la de comunidades autónomas.

¹⁰ Sobre la definición del derecho internacional, Kelsen sugirió darla no en cuanto al criterio de los sujetos que regula, sino en cuanto al proceso de creación de la norma jurídica, independientemente de aquellos sujetos a quienes se dirija. Ver Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, Madrid, Editorial Aguilar, 1969, p. 4.

puntos, se supone que tiene un sello distintivo porque sus reglas se aplican exclusivamente a los estados (comunidades autónomas). Hay aquí una diferencia esencial con el derecho interno que se supone caracterizará al derecho internacional en todos sus aspectos o grados, tanto en las normas primarias de relación, en las secundarias de responsabilidad como en las terciarias sobre el procedimiento.¹¹

Sin embargo, según el filósofo Ross, no todas las peculiaridades del derecho internacional están invariable y necesariamente asociadas con su carácter de derecho interestatal. La imperfección consistente en la ausencia de una firme organización a través de autoridades legislativa, judicial y ejecutiva, que todavía marca tristemente a este derecho, no tiene necesariamente, como a menudo se ha supuesto, nada que ver con la naturaleza del derecho internacional. No hay nada que nos impida concebir, a juicio de Ross, un efectivo desarrollo de poder y orden en los asuntos internacionales. En la medida en que se trate de un orden *internacional*, es decir, un orden directamente relacionado con los estados y no con los individuos, será necesario trazar una distinción radical entre derecho internacional y derecho interno. Las condiciones lamentables en este ámbito no están implícitas en la naturaleza del derecho internacional. Este derecho es imperfecto no "conceptualmente" sino "accidentalmente".¹²

Por otro lado, opina Ross, estaríamos frente a una cuestión diferente si concibiéramos un desarrollo de los tribunales internacionales como cortes supremas de apelación sobre los tribunales nacionales (e instrumentos internacionales de poder para obligar a los jueces a pronunciarse sobre los individuos), es decir, un sistema jurídico que, prescindiendo de la intermediación de los estados, *directamente* regulara relaciones jurídicas entre individuos y estuviera en posibilidad de suplantar el derecho nacional. En tal caso la diferencia fundamental entre derecho interno y derecho internacional desaparecería. Entonces los estados no serían ya autónomos, o los más altos poderes jurídicos en relación con los ciudadanos, sino partes subordinadas de un gran Estado mundial.¹³

Pero el derecho internacional es necesariamente derecho indirecto; su existencia está ligada con la de las comunidades autónomas. Sobre lo anterior, el profesor Ross consideró que esta concepción de la naturaleza del derecho inter-

¹¹ Esto corresponde a la división tradicional que el propio Ross acepta que existe en el derecho interno entre derecho sustantivo, derecho de las sanciones y derecho procesal. Ver Esquivel Pérez, Javier, *op. cit.*, pp. 91 y 97. Ver, además, el diagrama sobre el sistema del derecho internacional en el *Textbook of International Law* (obra que aquí se comenta), p. 76.

¹² En relación a este punto Kelsen considera al derecho internacional como un *orden jurídico primitivo*. Ver, Kelsen, Hans, *Principios de derecho internacional*, Buenos Aires, Editorial "El Ateneo", 1952, pp. 3-56.

¹³ Morgenthau, Hans J., *La Lucha por el poder y por la paz*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana; ver "El problema del Estado Mundial", pp. 673-683.

nacional era nueva (en los años 30) en la literatura jurídica internacional y que el autor que más se acercó a ella fue el profesor vienés Alfred Verdross, quien al definir al derecho internacional opina que el término “internacional o interestatal” resulta

... demasiado estrecho para poder abarcar también aquellas normas que, regulando las relaciones entre los estados y *otras comunidades jurídicas soberanas* (Iglesia Católica, Orden de Malta, insurrectos, etcétera), concuerdan materialmente con distintos sectores del derecho interestatal (derecho diplomático, tratados, neutralidad).¹⁴

Ciertamente, como el propio Ross sostuvo, todas las definiciones son posibles y “... las justificaciones de una definición nunca pueden ser finales”.¹⁵

B. El concepto de soberanía

Por considerar a la “soberanía” como la característica básica del Estado, sujeto por excelencia del derecho internacional —y dado que se ha analizado el criterio de Ross con respecto a la definición tradicional y, de acuerdo con ella, al tipo de sujetos que ese orden jurídico debe regular—, se hace necesario pasar ahora, aunque no sea siguiendo el orden marcado por el autor en el libro en cuestión, a revisar el concepto de soberanía.

1. *La función del concepto de soberanía en el derecho internacional: Es considerado para determinar el status del sujeto del derecho internacional y por ser el origen de una serie de derechos soberanos*

El término “soberanía”, reconoce Ross, ha desempeñado un importante papel tanto en el tratamiento científico del derecho internacional como en la terminología política práctica. Pero es difícil encontrar otro aspecto en el cual la oscuridad y la confusión sean tan grandes como aquí.¹⁶

No es únicamente que haya casi tantas definiciones del término “soberanía” como autores; sino también que no hay acuerdo sobre qué propósito se busca con este concepto en el derecho internacional. No hay suficiente claridad en torno a este punto.

Que el concepto de “soberanía” pueda todavía tener un papel predominante, no obstante las muchas críticas a su alrededor, está sin duda conectado con el hecho de que las ideas emocionales de sublimidad y las del carácter sagrado del poder del Estado siguen asociadas con tal concepto.

¹⁴ Verdross, Alfred, *op. cit.*, p. 344.

¹⁵ Ross, Alf, *op. cit.*, p. 19.

¹⁶ *Ibid.*, p. 34.

Bajo estas circunstancias, para hacer una crítica exacta, se tendría que revisar cada una de las definiciones dadas sobre el concepto de soberanía y tal tarea no podría llevarse a cabo dentro del panorama de esta exposición.¹⁷ Es necesario, por lo tanto, tratar de señalar algunas líneas importantes a las que se recurre una y otra vez en las concesiones comunes.

Dice Ross, a grandes rasgos, que se puede decir, en primer lugar, que el concepto de soberanía se utiliza para caracterizar a los sujetos *por excelencia* del derecho internacional, es decir, a los estados. La soberanía es justamente el elemento distintivo entre un Estado y una comunidad territorial subordinada, como el caso de los municipios.

Se trata pues de una *cierta cualidad del Estado* (o del orden jurídico del Estado) por la cual éste difiere, en principio, de otras comunidades y en tal sentido sirve para calificar al Estado como sujeto del derecho internacional.

¿En qué consiste materialmente esta cualidad? La respuesta a esta pregunta típicamente tiende a mostrar que el Estado es el “más alto orden” o el “más alto poder”. Esto se manifiesta *internamente* por el hecho de que el Estado es absolutamente el poder regulador superior el cual no sabe de otro poder a su lado o encima de él; y *externamente* por el hecho de que el Estado es jurídicamente independiente de otros Estados aún cuando reconozca a éstos como sus iguales.¹⁸

De acuerdo con lo anterior podemos entender que la soberanía define primeramente la posición del Estado como sujeto del derecho internacional.

Pero, además, se infiere que del concepto de soberanía derivan ciertos derechos para el Estado. Así, tenemos dentro de los derechos internos soberanos más reconocidos, el derecho a poseer una organización política, una legislación y una administración propias.

Ross enumera a continuación algunos de los derechos soberanos del Estado, tanto en lo interno como en lo internacional. Así, en el primer caso, nos habla de las ya conocidas “supremacía territorial” y “supremacía personal” y, en tal sentido, del derecho del Estado soberano de legislar y administrar en y sobre su territorio, con el correspondiente derecho respecto a los ciudadanos de tal Estado. En el segundo caso, el Estado tiene capacidad de acción plena bajo el derecho internacional —específicamente el derecho al intercambio diplomático y el de concluir tratados— además el derecho a hacer la guerra,¹⁹ el derecho de igualdad y respeto frente a sujetos similares y el derecho de inviolabilidad del territorio y de los ciudadanos, etcétera.

La idea de algo que en cierto sentido es “superior” es el factor central en el

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Ross, Alf, *op. cit.*, p. 35.

¹⁹ Al respecto debe aclararse que a partir de 1945, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas, quedó prohibido el recurso a la amenaza o al uso de la fuerza territorial y la independencia política de cualquier Estado. Carta de San Francisco, artículos 2-4.

concepto de soberanía. Ya antes el autor intentó una nueva definición del derecho internacional basándose en el término "comunidad que se autogobierna o autónoma", y es precisamente esta comunidad el poder jurídico supremo en relación con los ciudadanos. Éste sería sólo un término descriptivo que implicaría que dentro del Estado no hay ningún poder que el orden jurídico estatal no pudiese suplantar; y, simultáneamente, si "independencia jurídica" significa que no hay ningún poder fuera del Estado que pueda sustituir a su propio orden interno en sus relaciones directas con los ciudadanos, entonces la soberanía en sus dos ramas (territorial y personal) es meramente otro término para calificar a la autonomía.

Interpretada en este sentido es correcto decir que la "soberanía" (autonomía) es el elemento que determina la posición del Estado como sujeto del derecho internacional (un sujeto de obligaciones internacionales). Ésta es una simple consecuencia de una definición apropiada de tal orden jurídico. Dice Ross, una pluralidad de estados soberanos (o autónomos) es un prerequisite del derecho internacional, sin el cual no puede existir una "Sociedad de Naciones".²⁰

Por otro lado, continúa Ross, es completamente infundado deducir cualquier tipo de derechos para el Estado "soberano", de la "soberanía", en este sentido. La soberanía no tiene más consecuencias que aquellas de la comunidad soberana investida con deberes (y derechos) llamados internacionales. Estos deberes y derechos, sostiene el profesor danés, no pueden deducirse de esta definición sino que dependen solamente del contenido de las normas de derecho internacional actualmente en vigor. El hecho de que, sin embargo, se haya supuesto que cualquier cosa que sea pueda ser deducida de la "soberanía", es *signo de que el concepto ha sido interpretado en otro sentido diferente que el antes mencionado sentido descriptivo*.²¹

Con el objeto de hacer más claro este pensamiento, el profesor Ross ofrece una descripción histórica del concepto de soberanía a la que considera enraizada en ideas místicas, tales como las que sostuvieron que el poder del príncipe provenía directamente de Dios. Es claro que aquí la soberanía no puede ser *considerada para denotar un verdadero estado de derecho. La soberanía aquí está significando que un poder invisible crea el derecho válido*, que es, a su vez, la fuente de todo el derecho positivo y que es remitido a una substancia "encontrada" en algún lado, capaz de transferirse de una parte a otra justamente como se traslada a un objeto visible.

Sicológicamente, explica Ross, el concepto es producto de una racionalización de ciertas experiencias emocionales de coacción intrínseca (validez moral) que acompañan al derecho positivo.

²⁰ Ross, Alf, *op. cit.*, pp. 36-37.

²¹ Aparece con cursivas en el texto que se analiza, p. 37

Este sentimiento místico ha acompañado a la soberanía en todas sus facetas, y sólo así podemos entender, según Ross, que de él se hayan derivado tantos derechos soberanos.

Al hacer referencia a la filosofía hegeliana, que considera al Estado como la manifestación consciente de un espíritu (Dios) en el mundo, el profesor Ross atribuye a la difusión de esta filosofía, a lo largo del siglo XIX, la consecuencia o el hecho de que la existencia del derecho internacional resulte incompatible con el supuesto de una voluntad o poder supremo absoluto del Estado, independiente de cualquier otra cosa. ¿Cómo podría el Estado ser sujeto del derecho internacional al mismo tiempo que su propio e irrestricto deseo es el derecho superior y la fuente de todo derecho?

Algunos autores infirieron la siguiente conclusión: el derecho internacional es válido para el Estado en la medida que sirva a sus propios intereses. Se trató así de combinar la idea de la soberanía absoluta con la existencia de un orden jurídico internacional. Este propósito quedó contenido en la teoría de la autolimitación del Estado, es decir, la voluntad soberana del Estado, por sus propios intereses, contrae obligaciones internacionales. De aquí que el derecho internacional, como todo derecho, derive su validez de la voluntad del Estado, esto sería el derecho externo del Estado.

Esta construcción, dice Ross, es imposible dado que una obligación que depende de la voluntad de la persona obligada no es una verdadera obligación. Esto puede aplicarse al derecho internacional.²²

²² En este sentido el profesor Hart en su obra *El concepto del derecho* ofrece argumentos interesantes en contra de la teoría de la autolimitación, señalando, con ejemplos, dos excepciones importantes a la doctrina que pretende que toda obligación internacional surge del consentimiento (expreso o tácito) de la parte obligada. "La primera es el caso de un nuevo Estado. Nunca se ha puesto en duda que cuando nace un Estado nuevo e independiente, como ocurrió con Iraq en 1932 y con Israel en 1948, ese Estado está sometido a las obligaciones generales del derecho internacional, que incluyen, entre otras, las reglas que dan fuerza obligatoria a los tratados. Aquí el intento de sustentar las obligaciones internacionales del nuevo Estado en un consentimiento tácito o inferido, parece totalmente descaminado." (Este autor no confía demasiado en los "...intentos elaborados para demostrar que las reglas que parecen ser obligatorias para los estados sin su consentimiento previo..." derivan su fuerza de un tipo de consentimiento otorgado tácitamente o que ha tenido que ser inferior.) "El segundo caso es el de un Estado que adquiere territorio, o que experimenta algún otro cambio que hace aplicables para él, por vez primera, obligaciones impuestas por reglas que previamente no había tenido oportunidad de observar ni de transgredir, y a las que no había tenido ocasión de dar o rehusar consentimiento. Si un Estado, que antes no tenía acceso al mar, adquiere territorio con litoral marítimo, es claro que esto basta para someterlo a todas las reglas del derecho internacional relativas a las aguas territoriales y al altamar. Además de esto, hay casos más discutibles, principalmente relativos al efecto que tienen sobre terceros los tratados generales o multilaterales; pero estas dos importantes excepciones son suficientes para justificar la sospecha de que la teoría general de que toda obligación internacional es autoimpuesta ha sido inspirada por una excesiva adhesión a dogmas abstractos y por muy poco respeto a los hechos", Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 279.

Ahora bien, ante la imposible aceptación de la tesis antes mencionada, algunos autores sostuvieron que la soberanía no significa poder absoluto e irrestricto sino *poder dentro de los límites del derecho internacional*. Lo absoluto de la soberanía estatal no es el grado sino el fundamento de su poder. De acuerdo con esta posición, un Estado es soberano cuando su poder es primario, es decir, meramente limitado por el derecho internacional. Si por el contrario, su poder es limitado por una Constitución, o sea por el derecho estatal y no por el internacional, el Estado no es soberano.²³ La soberanía entonces expresa una sujeción al derecho internacional y, por otro lado, no se afecta la soberanía porque el poder del Estado se encuentra limitado si esas limitaciones las marca el derecho internacional (tratado).

Las manifestaciones de la soberanía, entonces, seguirán siendo en lo interno el dominio (*imperium*, autoridad); en lo externo habrá una creación autónoma del derecho en conjunción con otro Estado a través de acuerdos. Así, es cierto que la voluntad estatal queda obligada, pero sólo por aquellas obligaciones en las que el propio Estado ha consentido a través de tratados.

De este tipo de concepciones se deduciría que el derecho internacional es *derecho convencional*.

Esta doctrina, a juicio de Ross, tampoco ofrece confianza, ya que está basada en una distinción entre el derecho derivado de acuerdos y el derivado de mandatos u órdenes que tienen un origen especulativo en su aplicación práctica.²⁴

2. El concepto de soberanía debe ser sustituido por los conceptos de "autonomía", "capacidad de acción" y "libertad de conducta"

De lo dicho en páginas anteriores se desprende que el concepto actual de soberanía tiene una buena dosis de misticismo y origina confusión sobre varias funciones jurídicas reales.

Ross sugiere tres tipos de conceptos funcionales que pueden reemplazar al de soberanía:

a) *Autonomía* o *autogobierno*. Es el meollo del concepto de soberanía y es, por tanto, el que determina la capacidad para contraer obligaciones internacionales y así establecer el *status* como sujeto del derecho internacional.

b) *Capacidad de acción*. El que un Estado autónomo tenga o no poder de acción depende del contenido de las reglas que lo obligan —sin importar si estas reglas están formalmente basadas en un tratado o en una Constitución.

c) *Libertad de conducta*. Ningún Estado disfruta de una absoluta libertad

²³ Piénsese en los estados de una federación a los que hemos hecho mención al hablar de las comunidades parcialmente autónomas.

²⁴ Véase Ross, Alf, *op. cit.*, pp. 41-44.

de conducta. Toda norma internacional, especialmente cualquier tratado, restringe la libertad de acción estatal. El grado de libertad de acción de un Estado dependerá del contenido de las obligaciones contraídas por él, y no de las bases formales. Dicho de otra manera, la libertad de acción de un Estado girará en las esferas que no estén afectadas por normas internacionales generales o particulares.

Similarmente la dependencia de un Estado de otro Estado (falta de soberanía) puede significar tres cosas diferentes que no necesariamente se presentan juntas:

1. Abrogación o limitación de la autonomía cuando un segundo Estado controla a un primero en sus asuntos internos.
2. Abrogación o limitación de la capacidad de acción cuando el segundo Estado actúa en los asuntos externos del primero.
3. Una limitación poco común de la libertad de conducta de un Estado en favor de otro (derecho de ocupación).²⁵

3. Las desafortunadas consecuencias de la doctrina tradicional sobre la soberanía

La doctrina usual de la soberanía, comenta el profesor Ross, en primer lugar, muestra una *metódica falsedad* que tiene un efecto dañino en el tratamiento científico del derecho internacional. Dondequiera que encontremos argumentos en los que un cierto *status* jurídico es deducido de la soberanía de los estados, estaremos frente a un ejemplo típico de *jurisprudencia conceptual* que debería ser cosa del pasado en la moderna ciencia del derecho. En realidad nada puede deducirse del concepto que no haya sido arbitrariamente introducido en él.

Podemos, si queremos, llamar a un Estado "soberano", si es autónomo, o cuando tiene capacidad de acción, o cuando tiene la libertad de conducta usual. Pero no podemos "deducir", nunca, ninguna de estas cosas de una cierta "cualidad", soberanía, que no es otra cosa que las diversas reglas jurídicas que determinan la posición del Estado, en cada una de las relaciones arriba mencionadas. Desafortunadamente, según Ross, tales construcciones conceptuales irrealistas todavía se encuentran abundantemente en la literatura científica, así como en decisiones jurídicas.

En segundo lugar, la doctrina de la soberanía tiene una *tendencia política práctica*. Se debe protestar, sostiene el profesor danés, contra la creación, a tra-

²⁵ *Ibid.*, pp. 44-45. Sobre los tipos y grados diferentes de dependencia ver Hart, H. L. A., *op. cit.*, pp. 273-275.

vés de tal doctrina, de una motivación cuasi-científica de ciertas tendencias políticas.

El concepto de soberanía absoluta, que duda cabe, envuelve obstáculos para el desarrollo del derecho internacional.²⁶

II. RELATIVO AL CAPÍTULO II

LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. El término "fuentes del derecho" y la teoría general de las fuentes jurídicas

Con respecto a este tema clásico del derecho internacional, el profesor Ross empieza, en el libro que se analiza, por dar su punto de vista sobre el término "fuentes del derecho" en general.

Por "fuentes del derecho se entienden los factores generales (componentes motivadores) que guían al juez cuando fija o concreta el contenido jurídico en decisiones judiciales".²⁷

Estos factores, dice Ross, no pueden ser restringidos a nociones de ciertas reglas ya formuladas. Como se sabe, continúa, estas fórmulas no son afines en sí mismas, pero sirven para alcanzar ciertos intereses sociales, propósitos, ideas y consideraciones que se dan en una cierta comunidad. El juez no es un autó-mata, sino un miembro activo de la comunidad y siente que su tarea es la de materializar las tendencias reales que aparecen detrás de las reglas formuladas dándoles su verdadero sentido y alcance.

Al considerar Ross estos factores sicosociológicos opina que, en general, toda decisión judicial está determinada por los siguientes tres grupos de factores:

a) Las máximas jurídicas *formuladas* autorizadamente de acuerdo con ciertas reglas. A esta fuente se le califica comúnmente usando el término abstracto de "derecho escrito".

²⁶ En relación con la soberanía la idea de lo absoluto se ha empleado como un término vago, sinónimo de abuso: en realidad es una traducción de la expresión *legibus absolutus* —no sometido a leyes—, debiendo entenderse esta independencia como posibilidad válida referida sólo al derecho positivo y no al campo de los principios éticos del derecho natural. Jouvenel, B., *Sovereignty, USA*, University of Chicago Press, 1963, p. 90.

²⁷ Ross, Alf, *op. cit.*, p. 80. Sobre el concepto de "fuentes" del derecho, Kelsen lo considera como "...una expresión figurativa y sumamente ambigua usada no sólo para designar los diferentes métodos de creación del derecho, sino también para caracterizar la razón de la validez del derecho, y especialmente la última razón", Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 259.

b) Las reglas de conducta no formuladas, sin embargo *objetivadas en parte*, que surgen de los precedentes de los tribunales mismos y de las costumbres jurídicas de aquellos sujetos a ellas. Usando —según Ross— un término abstracto, a este segundo grupo de factores se le califica como “derecho consuetudinario”. En estos casos su validez se remite no a una formulación revestida de autoridad, sino a la capacidad que tiene todo orden social de investirse a sí mismo con el carácter de válido (“la fuerza normativa de los hechos”).

c) Los factores *libres*, no formulados, que espontáneamente surgen del juez como vocero e intérprete de la comunidad a la que pertenece y sirve. Se trata de una variedad de consideraciones y motivos que no son fáciles de clasificar. A veces son nociones de intereses sociales e ideas que fundamentan a las reglas formuladas; otras ocasiones son ideas de comportamiento con un mero sello moral de validez. Hay además reflexiones y consideraciones sobre situaciones concretas. Se trata pues, de todos esos factores motivadores de un individuo responsable (juez) que entiende que cumple con una misión social, no mecánica, al aplicar ciertas reglas. Para este grupo Ross utiliza el término de “principios jurídicos”.²⁸

Este autor sostiene que una decisión judicial no es dada únicamente sobre las bases de reglas previamente formuladas o establecidas. No se trata nada más de la “aplicación del derecho” sino también de la “creación del derecho”.²⁹

B. Las fuentes del derecho internacional

De acuerdo con lo antes mencionado, para Ross las fuentes del derecho internacional son los factores generales (componentes motivadores) que determinan el contenido del derecho en las decisiones judiciales internacionales.³⁰ Desde luego no pasa por alto el profesor Ross la dificultad que aparece al no existir, en las relaciones entre Estados, una administración de justicia regularmente obligatoria, similar a aquella que se da en los tribunales internos.

En principio, sostiene el jusfilósofo, toda decisión judicial internacional está basada en un acuerdo de voluntades de las partes, las que, también en principio, deciden las bases para resolver el caso. En tal sentido, no hay nada que impida

²⁸ Ross, Alf, *op. cit.*, pp. 81 y 82.

²⁹ “La doctrina tradicional opone la función de creación del derecho a la función de su aplicación. Considera la función de los órganos judiciales como aplicación del derecho y la función de los órganos legislativos sólo como creación del derecho”; “... la creación y la aplicación del derecho no se oponen entre sí en forma absoluta sino relativamente. Al regular su propia creación, el derecho regula también su propia aplicación. Por “fuente” del derecho puede comprenderse no sólo los métodos de creación del derecho sino también los métodos de aplicación del mismo”, Véase Kelsen, Hans, *op. cit.*, pp. 259 y 260.

³⁰ Ross, Alf, *op. cit.*, p. 83.

que la decisión descansa en instrucciones más o menos arbitrarias, y un análisis de tales decisiones no puede, por tanto, ser el punto de partida para una investigación sobre las fuentes del derecho internacional.

Asimismo, a juicio de Ross, tampoco el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia³¹ puede ser considerado como el fundamento para la doctrina de las fuentes del derecho internacional dado que el Estatuto es, en sí mismo, una de las fuentes cuya existencia la doctrina quiere demostrar.

“Las bases de la doctrina de las fuentes del derecho es en todos los casos la práctica real y sólo eso”.³²

Con este fundamento el profesor Ross acepta la existencia de las siguientes fuentes: tratados, precedentes y costumbres y los factores libres.

a. *Tratados*

En derecho internacional —en contraposición a los sistemas internos— el derecho escrito es dado únicamente sobre la base de la autonomía de las partes afectadas, es decir, el derecho es creado por un acuerdo entre las partes afectadas. La doctrina da a tales acuerdos internacionales la designación común de tratados.³³

Por otra parte, continúa Ross, el derecho internacional no conoce la legislación o sea una formulación jurídica obligatoria para todos. Pero esto no es absoluto ya que las partes pueden, a través de un tratado, dar su consentimiento para establecer un órgano que tenga autoridad para obligar a los contratantes por medio de resoluciones. El autor cita como ejemplos de aproximaciones legis-

³¹ En su texto el autor se refiere al “. . . Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional. . .” Tribunal de la desaparecida Sociedad de Naciones, mismo que precedió a la actual Corte Internacional de Justicia (CIJ), órgano judicial de las Naciones Unidas y que se rige por el Estatuto de aquella, razón por la que sólo me referiré en adelante, a la CIJ. A continuación transcribo el artículo 38 a que se hace mención: “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, y d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59, y 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono* si las partes así lo convinieren.”

³² Ross, Alf, *op. cit.*, p. 83. Esta cita equivaldría a decir que se tiene que buscar de dónde surge el derecho realmente y no de dónde dice el derecho que debe surgir.

³³ Ross, Alf, *op. cit.*, p. 84. En el texto que se analiza el autor, además de la parte correspondiente a fuentes del derecho innternacional, dedica a los tratados —invalides, elaboración y terminación— el capítulo IX, pp. 202-222.

lativas el Tratado sobre Minorías entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Polonia, del 28 de junio de 1919 y el Tratado de Versalles, de la misma fecha.³⁴

Pero aun sin consentimiento indirecto hay, en las relaciones interestatales, una no débil aproximación a la legislación. Un tratado que haya obtenido el consentimiento general, particularmente en lo que a los poderes principales se refiere, a menudo tendrá tal peso adjunto a él que llegará a obligar a los demás estados, también, como una manifestación de una concepción universal de lo que es correcto. Sería ilusorio referir tal efecto a un consentimiento táctico o a una posterior formación de derecho consuetudinario.³⁵

Por otra parte, dice Ross, pueden darse tratados que conscientemente conduzcan a imponer efectos de mayor alcance o trascendencia. El ejemplo que el autor menciona para este caso es el de las grandes potencias, mismas que, después de los trastornos de las guerras napoleónicas, intentaron establecer una clase de directorio europeo —primero a través de la Santa Alianza y más tarde por el concierto europeo— con el fin de mantener las condiciones entonces reinantes. Este esfuerzo motivó en varias ocasiones, especialmente en conexión con el establecimiento de la paz, que los tratados celebrados bajo esta dirección estuvieran sostenidos por los intereses comunes europeos y fueran válidos como un *derecho público europeo*.³⁶ Objetivamente este arreglo fue obligatorio para todos los países europeos.

Ahora bien, sostiene el profesor Ross que los tratados, sea cual sea su contenido, son igualmente importantes en el caso de una decisión judicial; sin embargo no tienen el mismo interés cuando se trata de una exposición científica del derecho internacional. En este caso los tratados que son de aplicación general, es decir, los que son válidos para gran número de estados, o bien que tienden a calificar reglas generales, son los acuerdos de importancia frente a la materia que nos ocupa y no aquellos que tienden a regular una situación concreta.

Desde este punto de vista Ross acepta la tradicional división entre *tratados generales* y *especiales*, entre *tratados-ley* y *tratados-contrato*. Sin embargo, re-

³⁴ En el Tratado sobre Minorías, el artículo 12 establecía que Polonia reconocería como "obligación de interés internacional" la protección a las minorías raciales, religiosas y de lengua, aceptando "la garantía de la Sociedad de Naciones", y depositaba en el Consejo de la Sociedad la facultad de modificar las disposiciones del tratado. Por lo que respecta al Tratado de Paz de Versalles, en los artículos del 387 al 427 se sentaron las bases para la creación de la Organización Internacional del Trabajo. Ver Seara Vázquez, Modesto, *La paz precaria de Versalles a Danzing*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, 1970, pp. 10-61.

³⁵ "Que un tratado sea un hecho creador de derecho, que por un tratado se establezcan obligaciones y derechos, o en otros términos, que un tratado tenga fuerza obligatoria, se debe a una norma de derecho internacional consuetudinario que se expresa usualmente en la fórmula *pacta sunt servanda*. Esta norma es la razón para la validez de los tratados y, en consecuencia, "la fuente" de todo el derecho creado por tratados..." Kelsen, Hans, *Principios de derecho internacional*, op. cit., p. 268.

³⁶ Ross, Alf, op. cit., p. 84.

conoce que esta última clasificación es relativa y obedece, más bien, a necesidades prácticas.

La teoría bastante difundida, de acuerdo con la cual existe una diferencia fundamental entre *Vereinbarungen* (tratados-ley) y *Verträge* (tratados-contrato) debe ser rechazada. En esta teoría la base del primero es una unión de voluntades paralelas dirigidas hacia un mismo fin, una verdadera voluntad común, mientras que en el segundo la base son voluntades con fines mutuamente correspondientes pero diferentes, los cuales se complementan, uno al otro, como prestación y contraprestación. Únicamente una auténtica voluntad común puede crear "derecho objetivo", es decir, no nada más derechos y deberes subjetivos. Esta distinción no tiene, de hecho, fundamento y ha sido fomentada solamente como un deseo especulativo de encontrar una fuente específica de derecho internacional que difiera de los acuerdos ordinarios.³⁷

b. *Precedentes y costumbre*

Dentro de las fuentes no formuladas pero en parte objetivadas, el filósofo danés menciona a los precedentes y a la costumbre.

Desde su punto de vista, los primeros pueden ser definidos como las más antiguas decisiones judiciales en las cuales un cuerpo de reglas está más o menos, claramente objetivado.³⁸

Esta fuente no aparece, como tal, mencionada en las exposiciones usuales. Así, en el artículo 38-d del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las decisiones judiciales se citan no como una fuente real, sino sólo como "... medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho".³⁹

³⁷ Ross, Alf, *op. cit.*, p. 86. Con respecto al párrafo arriba citado Hans Kelsen ha hecho un cuidadoso estudio crítico sobre la teoría alemana que pretende distinguir la llamada *Vereinbarung* del *Vertrag*, al igual que de la terminología francesa que, en derecho internacional, utiliza los términos "tratados-ley" y "tratados-contrato", lo que, a juicio del profesor Kelsen "... ha causado numerosos equívocos". Kelsen, Hans, *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*, México, Editora Nacional, 1974, pp. 21-43.

³⁸ Ross, Alf, *op. cit.*, p. 86 y ss.

³⁹ Al respecto dice el profesor inglés Jenks que las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas se incluyeron en el Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de 1921, "como un compromiso entre el hábito del *common law* de dar una importancia decisiva al precedente judicial y de discutir las cuestiones no resueltas sobre la base de su relación con el precedente existente y el hábito del derecho civil de acudir a la *doctrine* como guía en los casos difíciles e insolubles". Sin embargo desde 1921 han aumentado los precedentes surgidos de sentencias tanto del antiguo Tribunal Permanente de Justicia Internacional como de la actual Corte Internacional de Justicia; si bien el Estatuto de la Corte "... prevé que sus decisiones solamente obligan en los casos planteados ante ella y a las partes litigantes (artículo 59), esta disposición sólo excluye la aplicación a la Corte de la doctrina de la fuerza obligatoria del precedente y no merma, en ningún sentido, la inmensa autoridad persuasiva de las decisiones del Tribunal", Jenks, C. Wilfred, *The Common Law of Mankind*, London, Stevens and Sons Limited, 1958, p. 105.

La renuencia a admitir a los precedentes como una fuente con influencia decisiva sobre posteriores decisiones está conectada con la renuencia a conceder que los tribunales son creadores de derecho. Si se piensa en el hecho de que los tribunales, igual que los autores, constantemente citan precedentes en apoyo de sus conclusiones, dice Ross, "...todo lo demás resulta una especulación inútil".⁴⁰

En cuanto a la costumbre como fuente del derecho internacional el jusfilósofo danés la concibe como las reglas jurídicas que están más o menos plenamente objetivadas en la práctica de los estados.

Junto con los tratados, la costumbre está actualmente considerada como fuente principal del derecho internacional.

Es sabido que la costumbre internacional puede ser tanto *especial*, comprendiendo únicamente a un pequeño número de Estados a quienes obligará; o *general*, comprendiendo a la gran mayoría de Estados, particularmente, según Ross, a los *leading states*, por lo que, entonces obligará a todos, aun a aquellos que no han tomado parte en el proceso de objetivación, "...ya sea porque no ha habido ocasión para hacerlo o porque ellos, sólo recientemente, han llegado a existir".⁴¹

Opina Ross que el factor central del derecho consuetudinario, que facilita que los tribunales tomen a la costumbre en consideración, es la actitud jurídica manifestada en la práctica. "En un orden jurídico que como el derecho internacional está basado más en la autonomía que en la autoridad, la actitud jurídica de aquellos sujetos a él, debe naturalmente, ser de importancia decisiva".⁴²

Así, un acto de Estado es de interés en tanto constituya una evidencia, en algún sentido, de una actitud jurídica internacional.

Una acción (o la omisión de un acto) puede estar basada en la implicación de que el Estado estaba *obligado* al acto; o puede expresar una *reclamación jurídica*; o simplemente implicar que la acción estaba *permitida* (no prohibida) por el derecho internacional (normalmente cada acto individual de un

⁴⁰ Ross Alf, *op. cit.*, p. 87.

⁴¹ *Ibid.*, p. 87. En este último sentido Michel Virally opina que un nuevo Estado, "...Mediante su ingreso en la comunidad internacional, adquiere... todos los derechos y obligaciones que el Derecho Internacional general confiere a esa posición... Sin embargo, ¿no sería razonable admitir que un Estado nuevo estaría justificado en no considerarse obligado por aquellas reglas con las que estuviera en desacuerdo? Sin duda, éste —igual que cualquier otro Estado— tiene el derecho de impugnar la validez de las reglas consuetudinarias que otros Estados querrían que él cumpliera, o de discutir la interpretación que se hace de éstas. De igual modo, el nuevo Estado sólo está obligado por aquellas reglas que estén bien establecidas y cuyo alcance, asimismo, se halle aclarado... sin embargo el nuevo Estado no tiene derecho de negarse a cumplir tales reglas, a no ser en relación con aquellos Estados que expresamente han consentido en renunciar a que se apliquen; y, ...si las normas en cuestión no forman parte del *ius cogens*... Lo cierto es que en la práctica moderna no existe ningún caso en que se hayan presentado reservas con respecto a la aplicación de las reglas del Derecho Internacional general", Sorensen, Max, *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, pp. 167 y 168.

⁴² Ross, Alf, *op. cit.*, p. 87.

Estado está basado en esa implicación); o finalmente (aunque poco usual) puede implicar que la acción por la propia parte activa era considerada como *conflictiva con el derecho internacional*.⁴³

Con esta base considera el filósofo danés que la costumbre requiere, para ser probada, no nada más de lo que conforma el elemento material de la misma (*objective actions*) es decir de los precedentes, sino también del elemento subjetivo (*psychological presuppositions*).

La dificultad conectada con la prueba del elemento subjetivo de la costumbre ha desembocado en la teoría que sostiene que este aspecto psicológico no juega, realmente, un papel independiente.

Al respecto sostiene Ross, en la obra que se analiza, que:

El juez libremente decide cuando él desea observar alguna conducta externa regular como suficiente para constituir una costumbre jurídica, y la doctrina de una necesaria *opinio juris sive necessitatis* meramente tiene una función ideológica de oscurecer la libre actividad jurídica creadora del juez para establecer lo que es el derecho consuetudinario.⁴⁴

El elemento fundamental en la costumbre es la actitud jurídica implicada la que se revela en la mayoría de los casos. A este respecto considera el profesor Ross que el mismo Tribunal Permanente reconoció la necesidad de tomar en cuenta al lado subjetivo "...véase por ejemplo el juicio en el *Case Lotus*",⁴⁵ aunque es cierto que tribunales y cortes rara vez entran a investigar efectivamente la evidencia subjetiva y, hasta cierto punto, es a discreción que se determina cuándo una costumbre es reconocida.

Finalmente, para Ross, el transcurso del tiempo no es elemento necesario en el derecho internacional consuetudinario. El tiempo tiene importancia sólo para fortalecer la evidencia de la existencia y seriedad de la actitud.

El punto clave está en que una determinada conducta se siga en tanto haya ocasión para hacerlo. Esta opinión la completa el autor diciendo que una conducta que es observada únicamente de vez en cuando, no es testimonio de una convicción jurídica verdadera. En todo caso, es necesario que cuando la con-

⁴³ *Ibid*, p. 88.

⁴⁴ Véase la opinión de Hans Kelsen en relación a la costumbre como un hecho creador de derecho en *Principios de derecho internacional, op. cit.*, pp. 264-266.

⁴⁵ La cuestión se planteó ante el Tribunal Permanente de Justicia Internacional por un compromiso francoturco de 12 de octubre de 1926, en razón del abordaje del carbonero turco "Bozkourt" por el paquebote francés "Lotus", ocurrido en el Mar Egeo la noche del 2 al 3 de agosto de 1926 y que ocasionó serios daños materiales en el barco turco. Como las autoridades turcas detuvieron y condenaron a prisión al oficial francés que estaba de guardia en el momento del accidente, se planteó ante el tribunal internacional si los tribunales nacionales eran competentes para conocer de un delito cometido en alta mar por un extranjero. Véase la sentencia en Rousseau, Charles, *Derecho internacional público*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1966, p. 425.

ducta se aparte de la práctica, el sujeto considere que ha actuado en contra del derecho.

Según lo expuesto anteriormente, la teoría de Ross difiere del punto de vista tradicional en que considera que el transcurso del tiempo no es elemento indispensable para que se configure una costumbre, y en que el elemento subjetivo no se limita a los casos de obligaciones.⁴⁶

c. *Los factores libres*

Al lado de las fuentes consideradas anteriormente se encuentran otras que el autor califica de "factores libres" y que obedecen a consideraciones diversas, como los factores culturales, la naturaleza del caso, rasgos especiales que, según el profesor danés, son "...el alma viviente de toda formulación jurídica" surgiendo espontáneamente, ante el juez, cuando contempla un caso concreto. La terminología corriente conoce a esos factores como "principios jurídicos", "la naturaleza del caso", "la idea de derecho", "derecho científico" y otros.

Aunque el artículo 38-c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia menciona como fuente independiente a "los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas", está en duda si las consideraciones aludidas como los principios jurídicos comunes a la civilización humana, aplicados por los diferentes sistemas jurídicos internos, tales como máximas procesales, ciertos derechos fundamentales, etcétera, pueden ser un elemento decisivo en las decisiones judiciales. "Sería un error pensar que tenemos aquí una fuente en el mismo sentido objetivo que los tratados y, en parte, los precedentes y la costumbre lo son del derecho internacional".⁴⁷

Los principios generales del derecho, según el propio Ross, no facilitan un desarrollo abstracto de reglas jurídicas, de la manera en que este desarrollo se da a través de los tratados, o de los precedentes y costumbre. Eso sería únicamente "...en relación a una situación concreta... o con respecto a una situación jurídica particular y, en todo caso, sería muy vago y tendría un carácter sumamente subjetivo".⁴⁸

⁴⁶ Ross, Alf, *op. cit.*, p. 90.

⁴⁷ Ross, Alf, *op. cit.*, p. 91. Al respecto el profesor Verdross sostiene que la vieja discusión sobre si los principios generales del derecho eran sólo una "fuente de decisión" para el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, como afirmara el juez Anzilotti, o si estos principios rigen para las relaciones internacionales en general, está resuelta por la redacción introductoria del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que estipula que la Corte tiene como finalidad decidir las controversias que se le sometan conforme al derecho internacional por lo que, "La consecuencia inequívoca es que *todas las fuentes* enumeradas en el artículo 38... obligan con carácter general", Verdross, Alfred, *Derecho internacional público, op. cit.*, p. 97.

⁴⁸ Ross, Alf, *op. cit.*, p. 91. La práctica ha demostrado que los tribunales internacionales, Tribunal Permanente de Justicia Internacional y Corte Internacional de Justicia

Lo anterior, continúa Ross, puede aplicarse también cuando el artículo 38-d menciona a “. . . la doctrina de los publicistas⁴⁹ de mayor competencia de las distintas naciones. . .”, sólo que aquí el artículo en cuestión es más claro al especificar que esta “fuente” se usará “. . . como medio auxiliar. . .” en la determinación del derecho:

En ambos casos tenemos pseudo-objetivaciones que sirven para ocultar el hecho de que los tribunales son creadores del derecho y no únicamente aplicadores del derecho, en tanto que los factores activos no sean previamente objetivados. Un elemento creador del derecho también se hace valer en la “deducción” de reglas del derecho consuetudinario derivado de la práctica de los estados, e incidentalmente también, dado que la objetivación nunca es completa, en la interpretación y aplicación de los tratados.⁵⁰

Ross concluye este capítulo diciendo que las diferentes categorías de fuentes implican una cooperación de factores en la decisión judicial, “. . . así es que siempre aparece. . . un elemento creativo inherente a ella”.⁵¹

Comentario final

El libro, del que aquí he analizado algunos aspectos, no deja de ser interesante, como una posibilidad —para el estudioso del derecho— de conocer el criterio filosófico del profesor Alf Ross en cuanto al derecho internacional.

Sin embargo el lector, particularmente si es internacionalista, no debe olvidar que se encuentra ante un texto cuya primera edición en inglés (no hay traducción al español), aparece en 1947, por lo que el paso del tiempo se percibe en ciertas ideas expresadas por el autor, en especial cuando hace mención a mecanismos ante órganos internacionales del tipo de la Corte Internacional de Justicia.

Pero aun con esta salvedad parece quedar, después de la lectura de la obra, una imagen no muy consistente de la misma.

En general se perciben en ella, más que innovaciones conceptuales, propuestas de tipo terminológico como es el caso de la sustitución del término “Estado” por el de “comunidades jurídicas autónomas” con lo que, según Ross, se evitaría

(y antes de éstos los arbitrales) han aplicado reiteradamente principios generales del derecho ya sea sin fundamentarse en el artículo 38-c, o bien invocándolo.

⁴⁹ “El estudioso del Derecho Internacional, no crea derecho a través de su actividad académico-científica, sino que interpreta y sistematiza el derecho existente a la vez que propone normas de conducta de acuerdo a esquemas conceptuales predeterminados”. La interpretación y sistematización ayuda a clarificar “. . . el alcance y contenido de las normas jurídicas internacionales existentes”, Moncayo-Vinuesa-Gutiérrez Posse, *Derecho internacional público*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía editor, 1977, pp. 154-156.

⁵⁰ Ross, Alf, *op. cit.*, p. 91.

⁵¹ *Ibid.*, p. 91.

el error —por lo demás poco dado en la práctica jurídica— de confundir aquél con los estados de una federación; o bien, la sugerencia, en torno al concepto de soberanía, al que el jusfilósofo considera imbuido de sentimientos místicos y psicológicos, para que sea sustituido por algunos términos más funcionales desde el punto de vista de los intereses del derecho internacional, tales como el de “autonomía”, “capacidad de acción” o “libertad de conducta”, sustitución no del todo indispensable dado que tales cualidades quedan comprendidas en el propio término cuestionado por el autor.

Por otra parte, en ocasiones el lector puede resultar confundido en razón a cierta ambigüedad en el texto que por momentos nos presenta a un Ross dualista y, en otros, a uno monista.

Ahora bien, en torno al tema de “fuentes del derecho” el autor, al considerarlas como *componentes motivadores* que guían a un juez en la emisión de sus decisiones, opina que no pueden quedar restringidas a ciertas reglas ya formuladas, sino que el propio juez tiene “que materializar las tendencias reales que aparecen detrás de las reglas . . .” Por tanto, nuevamente, Ross remite a una serie de consideraciones sicosociológicas que determinan la decisión judicial y que derivan en tres clases o grupos de factores motivadores o determinantes para el juez: *a)* el derecho escrito (tratados); *b)* el derecho consuetudinario (precedentes y costumbre) y, *c)* los factores libres. Este último grupo engloba, para Ross, a una “variedad de consideraciones y motivos que no son fáciles de clasificar” y a los que denomina “principios jurídicos”.

De acuerdo con lo anterior el profesor danés acepta la existencia de tales fuentes pero cuestiona, como base de una doctrina sobre las fuentes del derecho, al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, por las razones expresadas ya en este trabajo.

En realidad, el citado artículo 38 ha sido objeto de críticas, particularmente por parte de aquellos que lo consideran demasiado tradicional y poco adecuado al enriquecimiento y necesidades actuales del derecho internacional.

Quizá dentro del tercer grupo de fuentes al que Ross se refirió como una “variedad de consideraciones y motivos. . .” quedarían incluidos todos esos actos unilaterales de los Estados, al igual que los actos de organismos internacionales que, dada su indiscutible importancia práctica, en la actualidad pueden ser tomados en cuenta por el juez de la Corte, aun cuando no estén previstos en el propio artículo 38 del Estatuto.

Considero que tiene razón Ross en lo referente a atribuirle a los tribunales, además de la función de interpretar el derecho, la de crear el derecho. En la práctica internacional existen al respecto antecedentes de creación de normas jurídicas a través de solución de casos, como por ejemplo, el de las “Reclamaciones del Alabama” de 1872, sometido a un tribunal arbitral y del que surgieron importantes reglas sobre responsabilidad.

Por lo que toca al estudio que Alf Ross hace de los tratados, concretándose a su invalidez, ratificación y terminación, el texto resulta obsoleto si lo comparamos con estudios de autores posteriores que ya toman en cuenta a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, documento codificador de normas consuetudinarias en la materia, y depositario de los mecanismos y peculiaridades propios para la elaboración y aplicación de los pactos internacionales.

En cambio, y aun cuando no haya sido objeto de nuestro análisis, el capítulo referente a la cooperación entre Estados, seguramente hizo que el texto resultara novedoso en su momento, dado que se trataba de una institución que apenas era un proyecto a poner en marcha.

Otros aspectos tradicionales en el derecho internacional están contenidos en el *Textbook of International Law*, como es el caso del reconocimiento de Estados, de gobiernos y de insurgencia; la sucesión de Estados; problemas relativos a los extranjeros; algunas cuestiones sobre el mar y reglas especiales para barcos; derechos fundamentales de los Estados; órganos de intercambio internacional; violación del derecho y responsabilidad, así como el arreglo de las disputas internacionales.

En términos generales se puede concluir que, en su obra, Ross critica conceptos fundamentales en el derecho internacional sin llegar a invalidarlos pero, como quiera que sea, en la revisión de algunos criterios tradicionales y en la aportación paralela de ciertas ideas, se refleja la buena intención, de quien conoció el derecho en la teoría y en la práctica, de contribuir a lograr un mayor desenvolvimiento en la eficacia real de un orden jurídico internacional muy entredicho, a la luz de los acontecimientos que precedieron al trabajo.

Yolanda FRÍAS