

UNA VISIÓN DIFERENTE DE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Manuel BECERRA RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Concepto de fuentes de derecho internacional.* III. *El factor artículo 38-1.* IV. *La insuficiencia de la doctrina del derecho internacional para autoexplicarse.* V. *¿El derecho internacional es de origen europeo?* VI. *¿El actual derecho internacional es un derecho plutocrático?* VII. *Hacia una justa dimensión de las fuentes del derecho internacional.*

I. INTRODUCCIÓN

Una de las categorías torales del derecho internacional es indudablemente la de las fuentes del derecho internacional. Prácticamente durante todo el siglo XX se maneja dogmáticamente en la doctrina, y en la jurisprudencia, en general en la práctica, que las fuentes están contenidas en el artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, lo cuál ha sido un excelente punto de partida, pero que ha sido rebasado por la práctica intensa durante el siglo que recién acabamos de dejar atrás. En este trabajo hacemos una revisión de la doctrina predominante sobre las fuentes. Los doctrinarios no tienen puntos muy diametrales, pero parece que no se va a la esencia del fenómeno, lo que pretendemos hacer aquí.

Por eso, el tema nos remite a hurgar en la insuficiencia de la doctrina para resolver sobre el origen último de las fuentes. Nuestro interés es dar un nuevo acercamiento a la conceptualización de las fuentes tratando de desdogmatizarlas y abrir un espacio para la comprensión cabal de la normatividad internacional y por supuesto de las fuentes como categoría fundamental del derecho internacional contemporáneo.

II. CONCEPTO DE FUENTES DE DERECHO INTERNACIONAL

Sobre el concepto de fuentes de derecho internacional hay una literatura importante de prestigiados filósofos del derecho y de internacionalistas. Las opiniones no siempre coinciden y los internacionalistas reclaman cierta preeminencia en virtud de que se mueven más en los ambientes internacionales y en consecuencia conocen más a fondo la fenomenología de las relaciones internacionales. Aquí nos referimos a ciertas voces muy importantes de la literatura jurídica.

En principio, desde la perspectiva de la filosofía del derecho, Hans Kelsen en su teoría pura del derecho establece que todas las normas jurídicas poseen una estructura análoga que consiste en postular una conducta humana determinada como antecedente de un juicio hipotético en donde a un acto contrario a la norma le sigue una sanción. Además, toda norma jurídica internacional se crea en virtud de una fuente del derecho y estas son consideradas como tales en virtud de una norma internacional anterior. La teoría pura de Kelsen considera que el derecho internacional es un orden jurídico estructurado jerárquicamente, en el cual toda norma esta creada por un método o una fuente de derecho. Cada fuente se erige como tal, por una norma jurídica de un rango superior. La primera fuente del derecho positivo, la costumbre, se erige como tal por la norma fundamental (*grundnorm*).

La teoría pura del derecho del jurista vienés H. Kelsen, es bastante atractiva por su rigor intelectual y porque es una construcción teórica en la que al parecer todo tiene una explicación, sin embargo, es una concepción de laboratorio, que es tan aséptica que dialécticamente la hace débil. El concepto de *grundnorm* o norma fundamental hipotética es una invención metafísica que aleja al derecho de sus raíces sociales, además que se toca con las concepciones jusnaturalistas; sólo es cuestión de cambiar o sustituir a la *grundnorm* con Dios y tendremos toda una concepción jusnaturalista que encuentra en lo más remoto de su origen a un dogma. Si bien esta concepción nos sirve para estructurar en forma hermética el sistema jurídico como un sistema ideal, creado por el hombre, cuando se cuestiona el origen último del derecho la respuesta remite a un dogma y le quita todo lo científico que pretende ser el *jus gentium*. El derecho internacional encuentra su principio y fin en el sistema de relaciones internacionales que tiene características específicas, como lo veremos adelante, que si las hacemos a un lado perdemos de vista el origen del derecho.

Otro jurista ampliamente citado por la doctrina jurídica cuando se trata de las fuentes del derecho es Hart, quien establece que el derecho esta constituido por la unión de dos clases de normas que se denominan reglas primarias y reglas secundarias. Las reglas primarias son aquellas que prescriben ciertas conductas humanas determinadas como prohibiciones u obligaciones. Estas reglas se complementan con las reglas secundarias que a su vez se subdividen en tres categorías:

- Reglas de reconocimiento que permiten identificar de manera indudable las reglas primarias. En un orden jurídico desarrollado, las reglas de reconocimiento son complejas y poseen diversos elementos para identificar las reglas primarias; por ejemplo, el hecho de haber sido aprobadas por el orden legislativo, de haber sido habitualmente respetadas durante un largo periodo de tiempo, etcétera.
- Reglas de cambio, que son aquellas que permiten, a ciertos individuos, o a ciertos órganos, introducir nuevas reglas primarias o dejar sin efecto las reglas ya establecidas.
- Reglas de decisión son aquellas que permiten a ciertos órganos determinar, con anterioridad, si una regla primaria ha sido transgredida en un caso concreto. Al mismo tiempo, estas reglas de decisión contienen el procedimiento a seguir para constatar la trasgresión y producir la sentencia correspondiente.

De esta manera, Hart concibe al derecho como una unión de reglas primarias y secundarias. Ahora bien, las reglas de reconocimiento, según Hart, son un *lux* que ofrece un sistema desarrollado para permitir la identificación de las reglas validas de derecho.

Por lo que corresponde al derecho internacional, Hart niega la posibilidad de que, como menciona Kelsen, exista una norma superior que le de validez al sistema. Al contrario, las reglas que en realidad son operativas, en la práctica constituyen no un sistema, sino un conjunto de reglas (*set of rules*) entre las que se encuentran las que otorgan fuerza obligatoria a los tratados (*pacta sunt servanda*, por ejemplo). Aunque él considera que el derecho internacional esta en una etapa de transición hacia la aceptación de esta y otras formas que lo traerían a una estructura más cercana a un sistema de derecho interno.¹ En efecto, Hart considera que

¹ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Series, 1994, p. 234.

el derecho internacional es un derecho primitivo que consiste únicamente en un conjunto de reglas primarias de obligaciones que no están estructuradas en tanto que sistema por ninguna regla de reconocimiento. El derecho de gentes carece de reglas de reconocimiento; es decir, que sus normas no pueden ser identificadas mediante el recurso a una característica o a una marca general. Para Hart, la validez de las normas internacionales depende simplemente del hecho “que ellas son aceptadas y funcionan como tales”. De esta manera, de acuerdo con Hart, el derecho internacional no posee fuentes.²

Considerar que el derecho internacional es un sistema jurídico primitivo es afirmar que está en una etapa de evolución, pero nos preguntamos ¿hacia dónde? El derecho internacional no puede dirigirse hacia el esquema que mantiene el sistema jurídico interno porque dejaría de ser internacional para convertirse en un derecho diferente. Por ejemplo, con la Unión Europea ha nacido un derecho que no es internacional, es un derecho “comunitario” y no solamente es cuestión de nomenclatura, es de esencia. Es bastante conocido que el derecho internacional es un producto de un sistema descentralizado. Hasta ahora la idea de un sistema con una corte mundial o un parlamento mundial ocupa parte de la literatura de ficción, pero no parece ser la tendencia actual. Al contrario, hay cierta preocupación en el medio jurídico internacional por cierta fragmentación del derecho internacional (la Comisión de Derecho Internacional se ha ocupado del tema desde 2000)³ y, por otro lado, es también palpable la tendencia del Consejo de Seguridad de la ONU de convertirse en un legislador internacional y esta es una tendencia bastante criticable pues una parte de la doctrina considera que está actuando *ultra vires*. Así, el derecho internacional se mueve en un sistema de relaciones internacionales dispares y contradictorias en algunos casos. Pero el punto es, insistimos, ¿cómo se puede afirmar que el derecho internacional es un sistema primitivo sin tener noción hacia dónde va a evolucionar? Lo que pasa es que el derecho internacional es tal cual, pues responde a las características específicas de las relaciones internacionales que regula.

El primer jurista inglés que traemos a colación es el profesor G. Schwarzenberger. De acuerdo con él, el artículo 38-1 del Estatuto de la

² *Ibidem*, p. 230.

³ Véase *Report of the International Law Commission*, 52a. Sesión, 200, en UN Doc. A/55/10, Annex.1.1. 2000.

CIJ, que establece desde una perspectiva ampliamente conocida y aceptada por la doctrina de derecho internacional cuales son las fuentes⁴ del derecho internacional, toca dos aspectos diferentes. En principio, los subparágrafos *a*, *b* y *c* se refieren al “pedigrí” de las reglas de derecho internacional. En el subparágrafo *d* se enumeran algunos de los medios para la determinación de las reglas de derecho internacional. Así, el profesor inglés, G. Schwarzenberger hace una diferencia entre lo que son las fuentes formales y las materiales. Una fuente formal es aquella de la cual una regla de derecho deriva su fuerza y validez, las fuentes materiales son aquellas de las cuales deriva el contenido, no la validez de la ley. La fuente material aporta la sustancia de la regla a la cual la fuente formal da la fuerza y la naturaleza de ley. Por ejemplo, una regla de costumbre es obligatoria, porque la costumbre es una fuente formal de derecho internacional y la sustancia estará dada por la práctica de los Estados que es la fuente material de la costumbre.

El jurista inglés Hugh Thirlway, siguiendo hasta cierto punto a Hart, postula que hay una diferencia entre reglas primarias y secundarias de un sistema legal. Las reglas primarias son “un cuerpo de principios y reglas que establecen los derechos y obligaciones de los sujetos...”⁵ de un sistema jurídico. En cambio, las reglas secundarias son aquellas que se aplican para determinar cuáles son las reglas primarias, cómo llegan a existir y cómo se modifican.

Cuando Thirlway se separa de Hart es cuando afirma que en derecho internacional las reglas secundarias existen pero se definen en forma menos clara en virtud de las características específicas del sistema, es

⁴ 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que en poco se separa de su antecedente y que actualmente establece:

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.

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 por el artículo 59.

⁵ Thirlway, Hugh, “The Sources of International Law”, en Evans, Malcolm D. (ed.), *International Law*, Oxford, University Press, 2003, pp. 117-120.

decir, la ausencia de órgano legislativo y judicial. En derecho internacional estas reglas secundarias se denominan fuentes de derecho internacional. Esta terminología de fuentes da entender origen y proceso (de ahí las expresiones de *lex ferenda* y *lex lata*).

Ahora bien, las fuentes, sigue diciendo Thirlway, pueden ser materiales o formales. Las fuentes materiales son simplemente el lugar en donde se manifiestan las reglas jurídicas, por ejemplo, tratados, una resolución de la Asamblea General de la ONU, una decisión judicial o un concepto en un libro. En este caso, de fuentes materiales, no es necesario tomar en consideración la autoridad legal del texto de un instrumento de tal naturaleza ya que, por ejemplo, si un tratado no ha entrado en vigor y en consecuencia no es obligatorio, puede ser fuente material para una regla de derecho que adquirió tal estatus por otra vía. De esta manera, la autoridad de la regla, como una norma obligatoria de los Estados, la dan las normas formales que están identificadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Hasta aquí, el profesor Thirlway.

Para Ian Brownlie en materia de fuentes el consenso es de suma importancia; en principio, la distinción entre fuentes formales (“aquellos procedimientos y métodos para la creación de las reglas de aplicación general que son legalmente obligatorios a los destinatarios”) y materiales (que “proveen evidencias de la existencia de reglas que, cuando se prueban, tienen el estatus de reglas obligatorias de aplicación general”) es difícil de mantener. Lo que importa es la variedad de fuentes materiales y la evidencia de consenso entre los Estados en relación de ciertas reglas particulares o prácticas.⁶

Por su parte, Rosalyn Higgins, tiene una postura respecto de las fuentes de gran originalidad. Para empezar, ella considera bastante estrecho el concepto de que el derecho internacional se define como “aquello que la Corte aplicaría en dado caso”, ella considera que “el derecho internacional debe ser identificado con referencia a lo que los actores (en general los Estados) frecuentemente, sin el beneficio de pronunciamiento de la CIJ, consideran normativos en sus relaciones con cada uno de los demás”.⁷

⁶ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 6a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 3 y 4.

⁷ Higgins, Rosalyn, *Problems & Process. International Law and How we Use It*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 18.

Entonces, para Higgins, el concepto de fuentes va más allá de la formulación que se hace en el artículo 38-1 del Estatuto de la CIJ y tiene que ver con el concepto de derecho internacional. Para ella, el derecho internacional no son reglas, es un sistema normativo que tiene como objetivo valores comunes. Las reglas juegan una parte importante en el derecho, pero no es la única parte. Higgins considera que más que reglas, el derecho internacional es un proceso continuo.

Cuando... las decisiones se hacen por personas autorizadas u órganos, en forum apropiados, dentro del marco de ciertas prácticas y normas establecidas, entonces lo que ocurre es una decisión-producción legal. En otras palabras, el derecho internacional es un proceso continuo de decisiones de autoridad. Este punto de vista, rechaza la noción del derecho, como meramente la aplicación imparcial de leyes. El derecho internacional es el proceso total de decisión-producción de reglas y no simplemente la referencia a la tendencia de decisiones anteriores que son calificadas como “reglas”. De esa definición, inevitablemente fluye una preocupación especialmente en donde la tendencia de la decisión anterior no es totalmente clara, con políticas alternativas para el futuro.⁸

Además, la profesora Higgins considera que el derecho internacional no es la mera aplicación de reglas neutrales, de una manera imparcial, sino que requiere una “elección” que se hace en relación con normas alternativas que podrían también ser aplicadas a un caso concreto. Entonces, no se puede evitar la relación esencial que existe entre el derecho y la política; al contrario, se debe de tomar en consideración los factores políticos en forma sistemática y abiertamente, lo que contribuye a que estos factores sean propiamente considerados y sopesados.

El enfoque (de ciencia política) de la profesora Higgins, según ella, no significa encontrar todos los medios posibles para llegar a un fin desea-

⁸ *Ibidem*, p. 2. La versión original en inglés es “When... decisions are made by authorized persons or organs, in appropriate forums, within the framework of certain established practices and norms, then what occurs is legal decision-making. In other words, international law is a continuing process of authoritative decisions. This view rejects the notion of law merely as the impartial applications of rules. International law is the entire decision-making process, and not just the reference to the trend of past decisions which are termed ‘rules’. There inevitably flows from this definition a concern, especially where the trend of past decisions is not overwhelmingly clear, with policy alternatives for the future”.

ble. Todavía, las tendencias de las decisiones anteriores juegan un papel importante en la “elección”. Ahora bien, Higgins considera que el derecho internacional contiene un sistema en el cual las normas emergen, ya sea a través de consentimiento expreso o porque no hay oposición a las obligaciones que se imponen, en la ausencia de tal consentimiento específico.⁹

El enfoque de Higgins, basado en la “elección” es bastante atractivo, pero no deja de mostrar cierta debilidad, que puede ser peligrosa en la aplicación por parte de los poderosos gobiernos involucrados. En efecto, ella se adelanta a las críticas y pone como ejemplo la política exterior de los Estados Unidos en la administración del presidente Reagan (en realidad puede tomarse como ejemplo inclusive el caso de la invasión a Irak) en donde se invadió a diferentes países (Grenada, Panamá), se agredió a Nicaragua, se bombardeó a Libia, etcétera y todo esto, según sus asesores legales, basándose en propósitos sociales del derecho internacional. Entonces, ella se pregunta:

¿Si uno comparte la creencia en la preferencia de la democracia sobre la tiranía, y si uno sostiene el enfoque de la ciencia política en el derecho internacional, de acuerdo con el cual, las tendencias de las decisiones anteriores son interpretadas teniendo en cuenta objetivos políticos, necesariamente significaría que uno debe ver todas estas acciones como legales? Yo pienso que no.

Contesta inmediatamente Higgins.

Precisamente esta es la parte débil de la construcción teórica de ella: no todos los que pueden hacer una interpretación jurídica internacional con base en la postura de la ciencia política, tienen la sensibilidad y el sentido de lo legal de la profesora Higgins. Es decir, no hay garantía de que otro jurista que reivindique el mismo enfoque pueda derivar a una conclusión contraria a la de Higgins y así lo hacen varios juristas en conflictos como el de Irak, en donde se alega que la guerra puede ser ilegal, reivindicando elementos como la amenaza a la paz internacional por poseer armas de destrucción masiva o bien tener un gobierno tiránico, para sostener la legalidad de una guerra que es a todas luces contraria al derecho internacional.

⁹ *Ibidem*, p. 16.

Por su parte, el jurista estadounidense Oscar Schachter, en un conocido trabajo denominado *Toward a Theory of International Obligation*¹⁰ expone sus conceptos sobre las fuentes de derecho internacional público. Su postura la basa en las posiciones teóricas de Lasswell-McDougal. Precisamente, con base en el pensamiento de ambos, habla de obligaciones internacionales y sugiere que cinco procesos constituyen las condiciones necesarias y suficientes para el establecimiento de una norma legal obligatoria:

1. La formulación y designación de un comportamiento requerido en circunstancias contingentes.

2. Una indicación de que tal designación ha sido hecha por personas reconocidas como competentes (autoridad o un papel legítimo) para realizar tal función y de acuerdo con los procedimientos aceptados como adecuados para tal propósito.

3. Una indicación de la capacidad y la voluntad de todos aquellos interesados (afectados) de hacer efectivo en la práctica el requerimiento designado.

4. La transmisión del requerimiento a todos aquellos a los cuales está dirigido (la audiencia-objetivo).

5. La creación en la audiencia-objetiva de una respuesta (tanto psicológica como operativa) que indica que los requisitos designados (planeados) son considerados como autoridad (en el sentido especificado en 3) y como probablemente conformarse con ellos en el futuro en un grado substancial.

De estos cinco elementos, Oscar Schachter se centra en tres: el problema de la autoridad que prescribe; la respuesta o aceptación de aquellos a quienes se dirige la norma, y, por último, la cuestión de la relación entre tal respuesta en un nivel descriptivo y los propósitos y valores de la comunidad.

El primer elemento tiene que ver con quién o quiénes son los legisladores. Schachter rechaza una posición extrema (el derecho es siempre derecho), por eso acepta ciertos grados de legalidad que dependen de actitudes, expectativas y cumplimiento.

La postura de Schachter por supuesto tiene virtudes, una de ellas es que no tiene límites cerrados, como hacer depender las fuentes de las

¹⁰ Schachter, Oscar, "Toward a Theory of International Obligation", en Koskenniemi, Martti, *Sources of International Law*, Ashgate, Dartmouth, 2000, pp. 9-31.

obligaciones en un artículo, o en una serie de enunciados. Pero al mismo tiempo, esta postura es bastante abierta y puede llevar a vaguedades o incertidumbres o bien, a la necesidad de un análisis que no siempre pueden realizar los jueces, los aplicadores de la legalidad internacional o en general, los que necesiten hacen una interpretación del derecho para aplicarlo a los casos concretos.

Por su parte, sir Gerald G. Fitzmaurice, quien fue consejero jurídico de la *Foreign Office* de la Gran Bretaña habla de diferentes tipos de fuentes: “formales” y “materiales”; aunque es posible hablar de diferentes terminologías. Así, las fuentes materiales que también pueden ser históricas, indirectas, significan el contenido de la ley, el material con el que se construye la ley. En cambio, las fuentes formales, legales y directas consisten en los actos o hechos que estén investidos con valor legal y fuerza obligatoria e independientemente de su contenido y de su fuente material.¹¹ En consecuencia, la esencia de la distinción está entre la cosa que inspira el contenido de la ley y la cosa que da a tal contenido su carácter obligatorio como ley.¹²

De acuerdo con esto, Fitzmaurice considera que los tratados no son, en sentido propio del término, fuentes formales del derecho. Ellas pueden, de acuerdo con las circunstancias, constituir evidencias de qué es derecho, o pueden llevar a la formación del derecho y así ser fuentes materiales. Pero, en sí los tratados son fuente de obligaciones, más que fuentes del derecho. Además, el derecho natural opera como fuente formal del derecho y por último “las decisiones de los tribunales internacionales, mientras no operen directamente como precedentes judiciales, en consecuencia no son técnicamente una fuente formal de derecho, tienen, un estatus diferente al de una mera fuente material, y podrían ser caracterizadas como cuasi formales en carácter”.¹³

El punto clave es distinguir entre la fuente del derecho y la fuente de las obligaciones, que pueden coincidir, por ejemplo, en un acto legislativo, pero un contrato ordinario puede ser fuente de obligaciones, pero

¹¹ “The formal, legal, and direct sources consist of the acts or facts whereby this content of the acts or facts whereby this content, whatever it may be and from whatever material source may be down, is clothed with legal validity and obligatory force”. Es la expresión original de Fitzmaurice.

¹² Fitzmaurice, Gerald, “Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, en Koskenniemi, Martti, *op. cit.*, nota 10, pp. 57 y 58.

¹³ *Ibidem*, p. 58.

no fuente del derecho.¹⁴ Además, distingue entre la fuente de la obligación de obedecer el derecho en general, como tal, y la fuente de la obligación de obedecer alguna regla particular del derecho.¹⁵

Volviendo sobre los tratados, Fitzmaurice postula que la única ley que no deriva su valor de un tratado es *pacta sunt servanda* que es un principio general del derecho. Entonces los tratados se pueden considerar como evidencias en aquellos casos en que el tratado es declaratorio de una ley existente, o como una fuente material en todas aquellas cosas en donde el tratado lleva o contribuye a la formación de un nuevo derecho consuetudinario.

En suma, Fitzmaurice considera que las fuentes formales de obligaciones se deben distinguir de las fuentes formales del derecho, pueden o no coincidir; las fuentes formales nunca se deben establecer en forma exhaustiva. Hay reglas del derecho que tienen una validez inherente y necesaria, que son las fuentes formales últimas del derecho y que a su vez no se derivan de las otras, y ellas son las reglas del derecho natural. Los sujetos de las fuentes formales del derecho internacional son la costumbre internacional; el derecho natural, y como fuentes cuasi formales, las decisiones de los tribunales internacionales. Los tratados son una fuente formal de obligaciones internacionales.

Las decisiones arbitrales y judiciales, aunque formalmente no son obligatorias, excepto para las partes y para el caso concreto, ellas deben de ser consideradas como fuentes cuasi formales.

El artículo 38 del Estatuto de la CIJ es solamente indicativo de la Corte sobre las fuentes y además es defectuosa ya que no distingue entre fuentes formales y materiales, y no establece un sistema de prioridad, las fuentes formales están expresadas de manera inapropiada.¹⁶

La teoría de Fitzmaurice tiene elementos de gran valor y otros, que aunque respetables no los comparto. Me refiero a ese terreno amplio y al mismo tiempo vago del derecho natural que no deja margen a la discusión.¹⁷ Los ejemplos que emplea son: *pacta sunt servanda* y la regla de que un

¹⁴ *Ibidem*, p. 59.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ *Ibidem*, p. 80.

¹⁷ Fitzmaurice afirma: "Whenever a rule of law is found which could not be other than it is, could not not exist, and does not require to be accounted for or justified in terms of any other rule, it is a rule of natural law, and in respect of rules of this type at any, natural law is formal source of law" (*Ibidem*, p. 68).

Estado o gobierno no puede alegar las disposiciones o deficiencias de sus propias leyes internas o Constitución como excusa para no cumplir con sus obligaciones internacionales.

El gran problema que presenta esta teoría se puede presumir en la imposibilidad de responder a las siguientes preguntas: ¿cuáles son las normas de derecho natural?, ¿quién está autorizado para decidir sobre este aspecto?

Por otra parte, contiene elementos positivos en cuanto a la clasificación de las fuentes y la colocación del artículo 38 en su exacta dimensión que siempre ha tenido, pero que las interpretaciones de la doctrina, a través del tiempo han llevado a una confusión y a crear una camisa de fuerza al derecho internacional que le impide su crecimiento o bien, su comprensión.

Pensar que el derecho internacional tiene un origen natural o divino se presta a la vaguedad y con ella cualquiera puede alegar que tal o cual disposición es de derecho natural. De hecho así sucede, me temo que prestigiados internacionalistas afirman que tal o cual principio, tal o cual norma son generalmente reconocidos y es más, forma parte del *jus cogens* internacional, sin probarlo, sólo diciendo que forma parte del derecho natural. Decir que tal o cual disposición es una norma de derecho internacional y que tienen facultades para hacerlo. Por lo que respecta a su opinión de que los tratados internacionales no son fuente del derecho, es una opinión que no tiene mucho sustento a la luz de los tratados internacionales de la magnitud de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 o bien de la Carta de San Francisco que si bien hacen una recopilación de normas de carácter consuetudinario, al mismo tiempo contienen normas nuevas que ahora tienen un alcance universal.

El internacionalista italiano Roberto Ago, por su parte, opina que el orden jurídico internacional se compone de normas establecidas o creadas por una fuente del derecho (derecho positivo) y de otras normas creadas de manera diferente (derecho espontáneo). Las primeras se pueden identificar recurriendo precisamente a su modo de creación, y para identificar la existencia de las segundas, mediante recursos empíricos, su funcionamiento efectivo se debe de constatar en tanto que norma en el seno de la sociedad internacional.¹⁸

¹⁸ Tomado de Barberis, Julio, "Les règles spécifiques du droit international en Amérique Latine", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1992-IV t. 235*, Martinus Nijhoff Publisher, 1993, p. 107.

Siguiendo adelante en la revisión de las opiniones sobre el concepto de fuentes, tenemos la del jurista costarricense Rodolfo Piza Escalante, quien hace un análisis interesante del tema. Él sostiene que hay una confusión respecto del concepto de fuente, ya que se utiliza para designar varios casos:

- Unas veces el fundamento del derecho.
- Otras, su origen mediato.
- Su causa inmediata material (de contenido) o formal (su forma de creación), que suele confundirse con la expresión misma del derecho creado.
- Otras, en fin, sus “medios de comprobación” que equivale a la “prueba” del derecho.

Piza desecha de plano las dos primeras acepciones (de fundamento y de origen del derecho) en cuanto que se dan por supuesto, “aunque a veces tengamos que aludir a ellas para señalar el insoslayable anclaje del derecho en la justicia y en la realidad social”. Además, desecha la última, de “medio de comprobación” del derecho que es posterior y solamente se queda con la fuente como causa inmediata, en sus dos sentidos: como fuente del contenido del derecho o fuente material y como su forma de creación “fuente formal o fuente simple”.¹⁹

III. EL FACTOR ARTÍCULO 38-1

Uno de los puntos esenciales en la doctrina y jurisprudencia internacionales en relación con las fuentes es el artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; aquí, antes de referirnos a su extensión, nos interesa reflexionar sobre su origen. En otro trabajo ya nos referíamos a los antecedentes de dicho artículo:

- El artículo 7o. de la XII Convención de la Haya del 18 de septiembre de 1907 que creó un Tribunal Internacional de las Presas que contiene una fórmula más o menos parecida al actual artículo 38-1,

¹⁹ Piza Escalante, Rodolfo, E. “La *opinio juris*, como fuente autónoma del derecho internacional, *opinio juris* y *jus cogens*”, *Revista Relaciones Internacionales*, Costa Rica, segundo trimestre de 1992, p. 60, p. 58.

del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y es el antecedente más lejano que tenemos de un documento jurídico internacional que codifica las fuentes del derecho internacional.²⁰

- El siguiente punto de referencia está en 1920 con el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), el antecedente de la actual Corte Internacional de Justicia (CIJ). Este Estatuto fue diseñado por una Comisión de Juristas nombrada específicamente para su elaboración y dio por resultado una fórmula, que esta contenida en el artículo 35 de dicho Estatuto.²¹
- De ahí al actual artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Estos tres documentos convencionales fueron productos de la negociación de unos cuantos Estados de la comunidad internacional. Por ejemplo, en virtud de la oposición de la Gran Bretaña la expresión “del derecho a aplicar” en el Tribunal Internacional de Presas, éste jamás entró en vigor, por lo que lo tomamos en cuenta sólo como una expresión y un punto de partida, pero no como una norma vigente. Lo mismo sucede con el actual artículo 38-1 que, en sus orígenes, apenas fue aceptado por los miembros fundadores de la ONU, que eran una media centena de

²⁰ En efecto, el artículo 7o. de la Convención de la Haya establecía:

“Si la cuestión de que se trata de resolver esta previsto 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 aplicara las estipulaciones de dicho convenio.

“A falta de tales estipulaciones, el tribunal aplicara las normas del derecho internacional. Si no existiesen normas generales reconocidas, el Tribunal fallara según los principios generales del derecho y de la equidad”. Tomado de Piza Escalante, Rodolfo E., *op. cit.*, nota anterior, p. 60.

²¹ El artículo 35 del Estatuto establece:

Artículo 35. Dentro de los límites que le señala el artículo 34, la Corte aplicara, en orden sucesivo:

1. Las convenciones internacionales de carácter general o especial que establezcan reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.

2. La costumbre internacional que establezca una practica comúnmente aceptada como ley.

3. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

Las decisiones judiciales y jurisprudenciales sentadas por los mas altos publicistas de las diferentes naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho (tomado de *Revista Mexicana de Derecho Internacional*, 1921, t. III, p. 236).

Estados, claro esta y hay que decirlo, cada Estado que ingresa a la ONU también se adhiere al Estatuto de la Corte.

Pero lo curioso es que a finales del siglo XIX y antes del Convenio de la Haya, en la doctrina se reconocían las fuentes no en la forma expresada por el artículo 38-1. Se hablaba de los tratados, la costumbre, las leyes y la jurisprudencia de los Estados y en donde los tratados son la fuente “más segura del derecho de gentes” y en cambio la costumbre es la más fecunda, pero al mismo tiempo la más “indecisa y variable”. También es interesante ver que “las leyes y la jurisprudencia de los Estados” son, sin cortapisas, fuentes importantes del derecho internacional.²² Los tratados y la costumbre son fuentes señeras e indiscutibles, pero qué pasa con las leyes y la jurisprudencia de los Estados, los principios generales del derecho, la jurisprudencia internacional y la doctrina al parecer son parte del desarrollo progresista del derecho internacional. Pero no es clara la determinación de quién la propone, ni cómo se acepta por los Estados.

IV. LA INSUFICIENCIA DE LA DOCTRINA DEL DERECHO INTERNACIONAL PARA AUTOEXPLICARSE

Es perceptible que la doctrina del derecho internacional no resuelve los problemas que se plantean cuando nos cuestionamos sobre el origen último de sus normas; en cambio, crea una estructura bien definida que tiene sus propias respuestas en su propio ámbito autoconcebido (fuentes, sujetos, soberanía, responsabilidad internacional) pero que no da respuestas a la pregunta esencial sobre el origen de la normatividad. Tal parece que hay que recurrir a la ciencia política y observar los fenómenos de las relaciones internacionales.

En principio hay una hipótesis sobre la creación del derecho internacional, éste derecho es creado y obedece a los intereses de los Estados europeos. Esta postura ya la reconoce el jurista estadounidense Anthony D'Amato cuando afirma:

Cuando los nuevos emergentes Estados y del tercer mundo demandan que el derecho internacional fue inventado por los poderes europeos para sus propios intereses y que las normas de derecho internacional pueden ser li-

²² Véase Foignet, René, *Manuel élémentaire de droit international public*, París, Onzième Édition, 1921, p. 7.

bremente aceptadas o rechazadas por las nuevas naciones, ellas están, esencialmente, tomando una posición doctrinal con motivos de negociación que ellos pudieran rechazar...²³

Esta afirmación, en principio trae tres puntos esenciales: primero, hay una sospecha de que el DI tienen un origen europeo y que es utilitario; segundo, que esta posición tiene finalidades de negociación, y tercero, que los países subdesarrollados también se benefician con la normatividad internacional.

V. ¿EL DERECHO INTERNACIONAL ES DE ORIGEN EUROPEO?

Respecto del primer punto podemos afirmar que hay indicios claros de que las categorías del DI fueron creadas por la doctrina europea, por ejemplo, el creador del derecho internacional, Hugo Grocio, no tenía empacho para invocar cualquier fuente publicada para probar sus afirmaciones,²⁴ al fin de cuentas era un abogado que utilizaba los medios a su disposición para hacer valer sus demandas. Esos son los orígenes del derecho internacional, se entiende que estaba en un proceso de creación y se valía. Además en la etapa creativa del derecho internacional no aparece ningún nombre de un latinoamericano, ni africano, lo cual es lógico pues las naciones todavía no existían, pero tampoco de naciones más antiguas como las asiáticas. No hay duda, la doctrina y la concepción, la estructura del derecho internacional es de nombres de Grotius, Suárez, Gentili, Zouche, Wolf, Batel, Bynkershoek, y otros más. Toda una pléyade de geniales juristas de origen europeo que legaron al mundo (por las buenas o las malas) una estructura jurídica de cómo ordenar al mundo, a su imagen y semejanza, ¿de qué otra manera podía ser? Eso no debe sonar extraño, lo mismo pasó con otras ramas del derecho, por ejemplo con

²³ Textualmente dice: “When newly emerging and third-world states claim that international law was invented by European powers for their own interests and that norms of international law can be freely accepted or rejected by the new nations, they are essentially taking a doctrinal position for bargaining purposes that they might reject if they stood the chance of losing all the benefits”. D’Amato, Antony, *International Law Sources*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 18.

²⁴ D’Amato observa: “Grotius himself, who seemed to draw upon any published source indiscriminately to prove his contentions about the content of international law. And we cannot blame Grotius...”. *Ibidem*, p. 31.

el derecho privado que tiene su origen en el pensamiento genial de los romanos que aún ahora anima nuestro sistema jurídico. Pero el hecho de reconocer sus orígenes europeos nos lleva a la posibilidad de cuestionar sus instituciones y buscar otras más acordes con un mundo interrelacionado, interdependiente y al mismo tiempo inequitativo.

Pero, volvamos sobre los orígenes del derecho internacional y la posición de Grocio, analizando el origen de una de las fuentes más significativas del mismo derecho internacional. Nos referimos a la costumbre. La doctrina de derecho internacional ya ha hecho un ejercicio de análisis sobre las fuentes, en sentido estricto, en que se basaba el pensador holandés David J. Bederman,²⁵ analiza la obra *De jure belli ac pacis* y encuentra que para evidenciar la práctica y la costumbre de los Estados antiguos, Grocio citaba a prominentes historiadores, juristas, filósofos y poetas griegos y romanos. En la selección de sus fuentes, fue “eclectico y difuso”, según Bederman.

El recurso de Grocio a los clásicos romanos es muy evidente en su obra *De jure belli*, en donde incluye citas a Cicerón, Séneca, Tácito, entre otros. Entre ellos, Cicerón era uno de sus autores más citados; por ejemplo, el título *De jure belli ac pacis* fue tomado de su trabajo sobre *jus gentium*.

Ahora bien, de acuerdo con las concepciones del derecho natural predominantes en la época en que escribía Hugo Grocio, las reglas jurídicas que regulaban las relaciones de los Estados deberían tener dos características fundamentales: ser universales y basarse en una correcta razón. Es decir, son los antecedentes de los dos elementos de la costumbre que la doctrina contemporánea de derecho internacional maneja con gran profusión y es uno de los dogmas del *jus gentium* contemporáneo.

Para probar el primer elemento, Grocio se basó en textos latinos y griegos de la antigüedad, en donde se encontraba con los datos históricos de por lo menos cinco centurias de relaciones estatales; después creó una

²⁵ Véase Bederman, David, “Reception of the Classical tradition in International Law: Grotius”, *E.I.L.R.*, primavera 1996, comentada el 25 de abril de 2001, http://www.law.emory.edu/EILR/volumes/spring_96/bedelman.html. Y también: Feenstra, “Quelques Remarques sur les Sources Utilices par Grotius dans ses Travaux de Droit Naturel”, *The World of Hugo Grotius (1583-1645)*, Proceeding of the International Colloquium organized by the Grotius Committee of the Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, Rotterdam, 6-9 april, 1983, pp. 65-81.

razón automantenida, razón artificial del derecho internacional que pudiera hacer un puente entre el derecho moral (derecho natural) y la práctica de los Estados, la costumbre. Pero es interesante notar que el elemento de carácter psicológico no existía, fue una construcción teórica para fundamentar la autoridad del derecho internacional. Pero ¿por qué Grocio se inclina por el elemento de la correcta razón? Quizás la respuesta a esta pregunta esta también en la utilización, por parte de Grocio, del pensamiento de los autores españoles del siglo XVI (Vitoria, Suárez, Fernando Vázquez de Menchaca, entre otros).

Posteriormente, los positivistas también aceptan el elemento de la “correcta razón”, pero en la idea de *opinio juris*. Es curioso notar que esta expresión latina no se encuentra en el derecho romano clásico, su origen es reciente, aparece en el derecho internacional contemporáneo.²⁶ Aquí hay que tomar en cuenta que en sus orígenes, en el proyecto preparado para la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), predominaba la influencia de la *historical school of legal theory*, no precisamente una escuela de derecho internacional que postulaba que

...el derecho y la costumbre jurídica, en particular, era una emanación del *volksgeist* (espíritu nacional) y de la incorporación de “conciencia jurídica”, (que es una posible interpretación de la frase de la *opinio juris sive necessitatis*). Estas teorías de una dudosa validez en el ámbito doméstico, y más aún en el internacional, al principio fueron rechazadas, pero el lenguaje mantiene sucias las aguas del derecho internacional.

Esto nos permite afirmar que las instituciones del derecho internacional, como es el caso de la costumbre, fueron creadas por personas geniales que lanzaban ideas que evolucionaban con el tiempo. Y esto es claro pues el derecho al final de cuentas es un conjunto de creaciones mentales que surgen de la observación de la práctica y que se acomodan a los intereses de los creadores.

²⁶ Véase Guggenheim, “L’origine de la notion de *l’opinio juris sive necessitatis* comme deuxième element de la coutume dans l’historire du droit des gens”, *Hommage d’une generation de juristas au president Basdevant*, 1960, p. 258.

VI. ¿EL ACTUAL DERECHO INTERNACIONAL ES UN DERECHO PLUTOCRÁTICO?

Ahora que ese reconocimiento del origen europeo sirva como una estrategia de negociación, puede ser, y también es válido. Sobre todo cuando, actualmente, los países desarrollados claramente participan activamente en el proceso de creación de la normatividad internacional a través de varias vías.

En principio, las normas internas de los países desarrollados son puestas en negociación en los tratados bi o multilaterales. Ese fenómeno es particularmente claro de percibir en el caso de lo que se ha denominado la segunda generación de normas de la PI que se han proyectado en tratados como el TLCAN y TRIPs.²⁷ Por otra parte, la gran capacidad diplomática o bien de representación que tienen los países desarrollados en los organismos internacionales les da una gran ventaja de negociación. De eso ya se ha dado cuenta, por lo que respecta a Naciones Unidas, en trabajos concretos.²⁸ Además, tomemos otro ejemplo, muchas de las iniciativas de los países desarrollados son incubadas en las organizaciones no institucionalizadas como el G-8; así, al FMI se le critica frecuentemente porque no cumple con su papel institucional, aparece involucrado fuertemente en la creación de programas de ajuste y estrategias de desarrollo a imagen e ideas de los países desarrollados dejando a un lado sus funciones básicas y originarias de supervisión del sistema monetario internacional.

Este fenómeno de gestación de las decisiones en órganos no institucionales ahora se conoce como *coalition of the willings*²⁹ como una nueva tendencia que aparece al fin de la guerra fría, pero en realidad es una tendencia que ya tiene tiempo pues aparece en la crisis del multilateralismo después de que los organismos internacionales se vieron inundados por reivindicaciones, justas de los países del tercer mundo, y los países desarrollados decidieron “emigrar” creando nuevas estructuras no institucionales, como clubes, y grupos de países desarrollados para después llevar sus resoluciones a los organismo internacionales para que se sancionaran.

²⁷ Véase Becerra Ramírez, Manuel, *La propiedad intelectual en transformación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

²⁸ Véase Marín Bosh, Miguel, *Votos y vetos en Naciones Unidas*, México, Fondo de Cultura Económica-Secretaría de relaciones Exteriores, 1994.

²⁹ Véase Rodiles, Alejandro, “Coalitions of the Willing: coyuntura, contexto y propiedades. Un primer esbozo”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, vol. VII, pp. 675-702.

Este tipo de fenómenos también lo encontramos en el derecho comercial internacional. Por ejemplo, ¿qué pasa en la Organización Mundial del Comercio (OMC)? Formalmente cada miembro tiene un voto igual y la Conferencia Ministerial de la OMC es testigo de debates intensos; sin embargo, dejando la teoría y pasando a la práctica es posible observar una oligarquía en lugar de una democracia en el proceso de creación de normas en el seno de la OMC. El proceso tradicional del *Green Room* reúne a un pequeño y selecto número de países desarrollados y en desarrollo para decidir en asuntos decisivos y en donde los países más pequeños están totalmente ignorados. Es más, 18 de los miembros africanos no cuentan con una representación en Ginebra.³⁰ Por supuesto, existe una necesidad de fortalecer la participación democrática en la negociación y aplicación a nivel interno e internacional de las normas de la OMC.³¹

Además, hay que tener en cuenta el dominio que los Estados Unidos y otros países desarrollados tienen en los procesos de creación de normas de los organismos internacionales. Por ejemplo, el Banco Internacional para la Reconstrucción y Fomento está dirigido por los Estados Unidos y otros países desarrollados a través de recomendaciones informales que no son negociadas ni se pasan por el control del legislativo de los Estados.³²

También, en algunos casos, el Consejo de Seguridad, que como sabemos está dominado por las cinco grandes potencias, adopta resoluciones que en la práctica son leyes, lo que significa que a dicho Consejo se le ha provisto de poder legislativo o se comporta como tal.³³

Pero, por si no fuera suficiente lo anterior, es posible observar que la educación jusinternacionalista, preferentemente viene del centro, de las

³⁰ Hossain, Kamal, *op. cit.*, p. 660.

³¹ *Ibidem*, p. 184.

³² En efecto: "Some of the most effective results have been achieved in connection with its economic reports; recommendations which were kept confidential. The Bank loan agreement, the "formal act" had nothing to do with the fundamental changes in the economies of countries that were carried out as a result of the Bank's informal recommendation". And Oscar Schachter commented much of the effectiveness of international organisations is found in behaviour that does not involve explicit decisions or clear obligations" (Rigo Suveda, Andres "Informality and Effectiveness in the Operation of the International Bank for Reconstruction and Development", *Journal of International Economic Law*, núm. 6(3), Oxford University Press, 2003, p. 566.

³³ Guillaume, Gilbert, "Judge and past president of the International Court of Justice", *Annual Grotius Lecture on Terrorism and International Law*, 13, November 2003, British Institute of International & Comparative Law.

grandes universidades europeas y estadounidenses, no de la periferia, con lo que las ideas y estructuras fundamentales, en materia de derecho internacional, están dadas desde el centro, no en la periferia. El prestigio de los internacionalistas, aun los del tercer mundo, depende de qué universidad son egresados.

Ahora bien, en relación con el tercer punto (la importancia del derecho internacional para los Estados subdesarrollados) y no obstante lo anterior, uno pensaría que los Estados subdesarrollados no tienen ninguna ventaja, en realidad también el derecho internacional es importante para los Estados que carecen de fuerza, por lo menos por dos razones fundamentales.

En principio por servir como un marco jurídico en donde se mueven con seguridad. Los tratados internacionales sobre todo son celebrados por los Estados subdesarrollados en busca de seguridad; por ejemplo, un tratado de límites le permite a un Estado débil tener seguridad de que sus fronteras serán respetadas por los países poderosos. Y además, como un instrumento para conseguir sus intereses vitales. Los principios de derecho internacional como el de no intervención o *pacta sunt servanda*, por ejemplo, le permiten a un Estado, por lo menos tener un escudo legal en contra de la voracidad de las grandes potencias. Por supuesto, eso no impide la violación de la normatividad internacional, pero aquí estamos ante una patología del DI, en cuyo caso el derecho internacional tiene una respuesta dentro de su estructura (responsabilidad internacional, legítima defensa, terminación de tratados, etcétera) y su marco pero que no garantiza el cumplimiento forzoso y no por eso deja de ser derecho, ni por eso es un derecho primitivo como algunos lo afirman.

Es incuestionable que los países subdesarrollados deben de participar en el proceso de creación de la normatividad internacional, en virtud de que su involucramiento en tal proceso también les dará un elemento de responsabilidad por el cumplimiento de las normas en donde ellos han participado en su creación por lo que el sentido de legalidad y de cumplimiento de la ley será más profunda y real.

VII. HACIA UNA JUSTA DIMENSIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho internacional funciona en un sistema de relaciones internacionales bastante heterogéneo, que exige de una normatividad para su exis-

tencia. Las normas de DI tienen su origen y su validez en la necesidad de los sujetos de tener normas jurídicas que regulen sus relaciones. Dada la heterogeneidad en cultura, historia, economía, etcétera, de los diferentes componentes de las relaciones internacionales (Estados, organismos internacionales, empresas transnacionales, ONGs, individuos, etcétera) que además tienen intereses propios que pueden ser contrapuestos, requieren de normas de conducta que regulen sus actividades, es decir, la necesidad de la normatividad internacional nace de la necesidad de hacer posible la coexistencia de todos esos componentes disímbolos, heterogéneos. Sin el elemento jurídico no es posible la existencia del todo social (*ubi societa ubi ius*); entonces el derecho internacional es una construcción ideal, es un invento social que encuentra su origen en la necesidad de regulación. Las reglas jurídicas son un producto social creado a través de los tiempos que se ha venido perfeccionando o ajustando a las necesidades de la sociedad internacional en los diferentes momentos históricos por los que ha pasado. El derecho internacional es una construcción ideal, creado esencialmente por los pueblos europeos y desarrollados durante siglos adecuándose a los cambios y revoluciones que se han dado en la historia de la humanidad. Esto es fácil de ver si analizamos con cuidado cualquiera de las instituciones del derecho internacional, por ejemplo, la más significativa y antigua como es la costumbre internacional, si vemos como se produce el concepto de *opinio juris*, veremos que es una idea que se nace entre los pensadores europeos y se desarrolla tomando ideas de los españoles, holandeses, alemanes, ingleses y franceses, dejando su huella en la construcción de las instituciones en donde los demás Estados están en la periferia de la creatividad.

En ese sentido, en el derecho internacional podemos reconocer dos tipos de fuentes; las mediatas o primigenias y las fuentes inmediatas que son una manifestación del derecho internacional.

Las primeras son las fuentes mediatas o primigenias que están enclavadas en la fenomenología de las relaciones internacionales. Estas fuentes tienen que ver con las formas o procesos de creación de las normas de derecho internacional. En su identificación podemos encontrar que ellas son producto de negociaciones, de presiones en donde se produce el contenido de las normas. Por ejemplo, podemos identificar que el acuerdo denominado TRIPs que forma parte de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre propiedad intelectual tiene un origen concreto en las demandas de las grandes empresas transnacionales farmacéuticas, y

del *software*, en general de los productores de bienes que tienen que ver con las tecnologías de la tercera Revolución industrial (la telemática y la biotecnología). Los cabildeos de las empresas ante el gobierno de los Estados Unidos hicieron que se pusiera en la agenda de negociaciones un nuevo tratado sobre comercio internacional. Aquí estaríamos ante las fuentes del TRIPs que después se inserta en el derecho interno.

Estas fuentes primigenias tienen que ver con la fuerza, con la capacidad de negociación, con las coyunturas políticas, con los intereses de los Estados, la capacidad de cabildeo o de influencia de actores materiales. Para identificar y estudiar estas fuentes requerimos de metodologías y categorías que el derecho no proporciona, necesitamos recurrir a la ciencia política, a las relaciones internacionales, a la economía internacional, etcétera.

En cambio, las fuentes inmediatas se refieren a las formas de manifestación del derecho (tratados, costumbre, etcétera). Estas fuentes están sujetas a las fuentes mediatas: quién decidió que la costumbre es una fuente del derecho internacional o los tratados son formas de comunicación y de convivencia social. Las fuerzas son más o menos democráticas dependiendo del grado de participación de los actores del derecho internacional, por ejemplo ¿quién originó el artículo 38-I del Estatuto de la CIJ? Los sujetos del derecho, fundamentalmente los Estados, de alguna manera (expresa o tácita) expresan su voluntad. Al hacerlo, los sujetos también emiten sus intereses, sus valores, que se ven más o menos reflejados en las reglas. La igualdad soberana es una mera ficción como muchas del derecho; las normas son un reflejo de los intereses de sus creadores y depende de su capacidad de negociación. La aceptación de la normatividad tiene una vía que es la aceptación expresa o tácita.

El carácter de la aceptación tácita de la normatividad es de gran relevancia pues es la forma común de aceptación de la normatividad internacional antes que meterse a cuestiones psicológicas como adivinar o descubrir la *opinio juris* de los sujetos de derecho internacional, en términos generales hay una aceptación tácita. Lo mismo sucede con algunas resoluciones de los organismos internacionales. El “gran legislador” es el Estado o grupo de Estados que actúa en tal o cual dirección, como si fuera derecho y los demás no dicen nada, la primera actuación es la que se comporta como jurídicamente obligatoria y si los restantes miembros de la comunidad internacional no dicen nada están aceptando tácitamente la normatividad.

En la doctrina ya hay quien se está pronunciando en ese sentido, por ejemplo el profesor D'Amato, de *consensos* y él ve cuatro tipo de ellos: completa unanimidad, cerca de la unanimidad con pocas abstenciones, cerca de la unanimidad con uno o mas disensos activos, y una opinión mayoritaria con una minoría substancial de disenso.³⁴ Aparte de esta hay que ver la fraseología utilizada en el documento, lo cual es esencial, no se va a considerar como jurídicamente obligatorio algún documento que no tiene esa pretensión.

Ahora bien, la normatividad tiene un origen social y entenderlo es indagar en la problemática, la historia, la economía o el ambiente social que da motivo a la aceptación de tal o cual norma. En algunos casos son imposición de los Estados fuentes que se aprovechan de su situación de predominio para imponer normas en las negociaciones. En algunos casos tal o cual norma depende de la mejor capacidad de negociación o por la otra, de la impericia de la otra u otras partes. Pero ya que una norma existe, su interpretación y su aplicación dependen de las categorías del sistema jurídico. El derecho internacional como un sistema jurídico específico tiene sus propios principios y categorías que si se rebasan colocan a quien lo hace en la ilegalidad. El interprete y el aplicador de la legalidad internacional no crea la normatividad, sólo la constata y la descubre al caso específico. De otra manera, nos encontraríamos ante la inseguridad, ante la incertidumbre de qué es el derecho. Cuando una regla, obligación o norma no son claras se debe de recurrir a los objetivos teleológicos de la misma norma y esto es posible porque el fenómeno jurídico está inmerso en un marco que contiene principios o mecanismos de aplicación. El artículo 38 tiene un papel importante, pero esta rebasado por la realidad internacional; en su momento jugó y en algunos casos lo sigue haciendo, un papel importante, como un parámetro al cual los jueces recurren. Las normas tienen valores, fines a perseguir.

³⁴ D'Amato, *op. cit.*, nota 23, p. 186 y 187