

CAPÍTULO PRIMERO

LAS DOCTRINAS SOBRE EL CONCEPTO DE FUENTES DE DERECHO INTERNACIONAL

Determinar el concepto de las fuentes del derecho, esta metáfora que usa la doctrina, es de una gran importancia, puesto que permite identificar y distinguir el derecho de otras normas, en particular de las reglas morales o de las normas¹ de creación (*lege ferenda*), además de cómo se establecen y cambian dichas normas de DI.²

Sobre el concepto de fuentes de DI 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 su óptica privilegiada, desde donde se mueven y observan, a fondo, la fenomenología de las relaciones internacionales. Aquí nos referimos a voces muy importantes de la literatura jurídica internacional; desde Hans Kelsen pasando por Hart, hasta la pléyade de juristas internacionalistas del siglo XX, quienes a partir de su óptica original opinan sobre las fuentes.

Al final no es un ejercicio fácil determinar quién tiene razón, aunque hay conceptos que se repiten o sobre los cuales coinciden, hay diferentes puntos de vista, todos valiosos, que nos sirven para guiar y nutrir nuestro propio criterio y el de los lectores.

¹ Kolb, Robert, "Principles as Sources of International Law (with Special Reference to Good Faith)", *Netherlands International Law Review*, Cambridge University Press, vol. 53, núm. 1, 2006, p. 4.

² *Idem*.

I. LA NORMA FUNDAMENTAL (*GRUNDNORM*) Y LAS REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS

Desde la perspectiva de la filosofía del derecho, Hans Kelsen, en su teoría pura del derecho, considera 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 éstas son consideradas como tales en virtud de una norma internacional anterior. La teoría pura del derecho de Hans Kelsen considera que el DI es un orden jurídico estructurado jerárquicamente, en el cual toda norma es creada por un método o una fuente de derecho. Cada fuente se erige como tal, con base en 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, Hans 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 un dogma.

El derecho internacional encuentra su principio y fin en el sistema de relaciones internacionales que tiene características específicas, que si las hacemos a un lado perdemos de vista el origen del derecho.

Por su parte, Hart, que ejerce una gran influencia en la doctrina de DI, establece que el derecho está constituido por la unión

de dos clases de normas denominadas reglas primarias y reglas secundarias:

- Las reglas primarias son aquellas que prescriben ciertas conductas humanas determinadas como prohibiciones u obligaciones.
- Éstas se complementan con las reglas secundarias que son complementarias de las anteriores y que se subdividen en tres categorías:
 - a) 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 respetadas durante un largo periodo de tiempo, etcétera.
 - b) Reglas de cambio, son aquellas que permiten, a ciertos individuos o a ciertos órganos, introducir nuevas reglas primarias o dejar sin efecto las reglas ya establecidas.
 - c) 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, las 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 lujo que ofrece un sistema desarrollado para permitir la identificación de las reglas validas de derecho. Por lo que respecta al DI, Hart niega la posibilidad de que, como menciona Hans Kelsen, exista una norma superior que le de validez al sistema. Por el contrario, las reglas, que en realidad son operativas, en la práctica no constituyen un sistema, sino un conjunto de normas (*set of rules*) entre las que se encuentran las

reglas que otorgan fuerza obligatoria a los tratados (*pacta sunt servanda*, por ejemplo). Hart considera que el DI está en una etapa de transición hacia la aceptación de esta visión que lo acercarán a una estructura más cercana a un sistema de derecho interno.³

En efecto, Hart considera que el DI es un derecho primitivo que consiste únicamente en un conjunto de reglas primarias de obligaciones que no están estructuradas, como sistema, por ninguna regla de reconocimiento. El derecho de gentes carece de reglas de reconocimiento; es decir, 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 DI no posee fuentes.⁴

No estamos de acuerdo con esta concepción, pues no se visualiza el carácter específico del DI que, en principio, regula el sistema de relaciones internacionales; por lo cual no se le puede considerar como primitivo, sino, más bien, como un sistema jurídico específico.

II. FUENTES MATERIALES Y FORMALES

Hay que reconocer que los conceptos teóricos de Hart son muy importantes y han sido punto de partida para varios internacionalistas, como el jurista Hugh Thirlway, quien 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 secun-

³ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Law Series, 1994, p. 234.

⁴ *Ibidem*, p. 230.

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

darias son aquellas que se aplican para determinar cuáles son las reglas primarias, cómo llegan a existir y cómo se modifican.

Thirlway se separa de Hart cuando afirma que, en DI, las reglas secundarias existen pero se definen en forma menos clara, en virtud de las características específicas del sistema; es decir, la ausencia de órganos legislativo y judicial. En DI estas reglas secundarias se denominan fuentes de DI. Esta terminología de fuentes da entender origen y proceso (de ahí las expresiones de *lex ferenda* y *lex lata*).

Las fuentes, dice Thirlway, pueden ser materiales o formales. Las fuentes materiales son simplemente donde se manifiestan las reglas jurídicas; por ejemplo, tratados, una resolución de la Asamblea General (AG) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), una decisión judicial o un concepto en un libro; en cuyo caso, 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 ECIJ.

Esta diferencia entre fuentes materiales y formales también la adopta G. Schwarzenberger. De acuerdo con él, el artículo 38-1 del ECIJ se refiere a dos aspectos diferentes: los sub párrafos a, b y c, se refieren al “pedigrí” de las reglas de DI; mientras que en el párrafo (d) se enumeran algunos de los medios para la determinación de las reglas de DI. Así, el profesor inglés de origen alemán, 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 la costumbre es obligatoria, porque la costumbre es una fuente for-

mal de DI y la sustancia estará dada por la práctica de los Estados, que es la fuente material de la costumbre.

En esta corriente de fuentes materiales y formales, se encuentra el 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” o;
- “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 completamente 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”.⁶

III. EL CONSENSO COMO FUENTE

Ian Brownlie no está de acuerdo con esta diferencia en fuentes formales y materiales. En principio, el parte de otro concepto: “el

⁶ Piza Escalante, Rodolfo E., “La *opinio iuris* como fuente autónoma del derecho internacional (*opinio iuris* y *ius cogens*)”, *Revista Relaciones Internacionales*, Heredia, Escuela de Relaciones Internacionales, Universidad Nacional, Segundo Trimestre, 1992, p. 58.

consenso”. En efecto, en materia de fuentes el consenso es de suma importancia —más adelante nos referiremos a él— y 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.⁷

En esta corriente también podemos inscribir el punto de vista interesante del internacionalista italiano Roberto Ago, quien 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 otra manera (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.⁸ Nos parece interesante este punto de vista en virtud de que Ago, atento a la realidad internacional, nos hace ver que hay normas que lo son por su efectividad.

IV. EL DERECHO COMO PROCESO CONTINUO

Por su parte, Rosalyn Higgins, tiene una postura respecto de las fuentes de gran originalidad. Ella considera bastante estrecho el concepto de que el DI se define como “aquello que la Corte aplicaría en dado caso”, ya que considera que

⁷ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 6a. ed., Oxford, 2003, pp. 3 y 4.

⁸ Tomado de Barberis, Julio, “Les règles spécifiques du droit international en Amérique Latine”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Boston, Martinus Nijhoff Publisher, 1992-IV, t. 235, 1993, p. 107.

...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 Corte Internacional de Justicia (CIJ), suponen como normativos en sus relaciones con cada uno de los demás.⁹

Entonces, para Higgins, el concepto de fuentes va más allá de la formulación que se hace en el artículo 38-1 del ECIJ y tiene que ver con el concepto del mismo DI. Para ella, el DI 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 DI es un proceso continuo.¹⁰

Además, la profesora Higgins considera que el DI 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. En consecuencia, no se puede evitar la relación esencial que existe entre el derecho y la política. Al contrario, se deben tomar en consideración los factores políticos en forma sistemática y abiertamente, lo que contribuye a que estos factores sean propiamente considerados y sopesados. Además, el enfoque —de ciencia política— no significa encontrar todos los medios posibles

⁹ Higgins, Rosalyn, *Problems & Process. International Law and How we use it*, Oxford University Press, 2003, p. 18.

¹⁰ “Cuando... las decisiones se hacen por personas autorizadas u órganos, en foros 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” (traducción del autor), *ibidem*, p. 2.

para llegar a un fin deseable, ya que las tendencias de las decisiones anteriores juegan un papel importante en la “elección”.

Higgins considera que el DI es un sistema en el cual las normas emergen, ya sea a través del consentimiento expreso o porque no hay oposición a las obligaciones que se imponen, en la ausencia de tal consentimiento específico.¹¹

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 de América (EEUU) en la administración del presidente Reagan —en realidad puede tomarse por ejemplo inclusive la política exterior del gobierno de Bush II en el caso de la invasión a Iraq— en donde se invadió a diferentes países —Granada y Panamá, por ejemplo—, se agredió a Nicaragua, se bombardeó a Libia, según sus asesores legales basándose en propósitos sociales del DI. 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 DI, 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”, se contesta inmediatamente Higgins.

Precisamente esta es la parte débil de su construcción teórica: no todos los que pueden hacer una interpretación jurídica internacional con base en la postura “ciencia política” son Higgins, no todos 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 Iraq, en el cual se alega que la guerra puede ser legal, reivindicando elementos como la amenaza a la paz internacional

¹¹ *Ibidem*, p. 16.

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 DI.¹²

V. OBLIGACIONES INTERNACIONALES

El profesor estadounidense Oscar Schachter, en un conocido trabajo denominado “Towards a Theory of International Obligation”,¹³ expone sus conceptos sobre las fuentes de DI público. Su postura la fundamenta en las posiciones teóricas de Lasswell-Mc Dougal; con base en el pensamiento de ambos, él 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 e indicación de un comportamiento que es solicitado en circunstancias que pueden suceder o no (contingentes)”.
- 2) “Una indicación de que tal solicitud 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)”.

¹² Becerra Ramírez, Manuel, “Acerca de la legalidad de la Guerra, del 2003, contra Iraq”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *Aspectos jurídico-políticos de la guerra de Iraq*, México, UNAM, 2005, pp. 37-75.

¹³ Schachter, Oscar, “Towards a Theory of International Obligation”, en Koskenniemi, Martti (ed.), *Sources of International Law*, Dartmouth, Ashgate, 2000, pp. 9-31.

5. “La creación en la audiencia-objetiva de un 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”. En el caso del segundo, 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 obligaciones en un artículo, o en una serie de enunciados. Pero al mismo tiempo, esta postura es bastante abierta y tiene la desventaja de ser vaga, ambigua, lo que genera incertidumbre jurídica, al requerir 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 casos concretos.

VI. FUENTES DEL DERECHO Y DE LAS OBLIGACIONES

Hay una corriente doctrinal bastante respetable que hace una diferencia entre lo que son las fuentes del derecho y las obligaciones. Las primeras producen reglas objetivas de derecho validas erga omnes; en cambio, las segundas son más limitadas pues están circunscritas a regular a ciertas personas específicas.¹⁴ Aquí analizamos las ideas de uno de sus exponentes más conspicuos.

¹⁴ Kolb, Robert, “Principles as Sources of International Law...”, *cit.*, p. 11.

Sir Gerald G. Fitzmaurice, quien fuera consejero jurídico de la *Foreign Office* de la Gran Bretaña, nos habla de diferentes tipos de fuentes: “formales” y “materiales”, aunque es posible hablar de diferentes terminologías. En su concepción, Fitzmaurice considera 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, independientemente de su contenido y de su fuente material.¹⁵ 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.¹⁶

De acuerdo con esto, Fitzmaurice considera que los tratados no son, en sentido propio del término, fuentes formales del derecho. Ellos pueden, de acuerdo con las circunstancias, constituir evidencias de qué es el 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 fuente 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 y mientras, en consecuencia, no son técnicamente una fuente formal de derecho, tienen, un estatus diferente al de una mera fuente material, y podría ser caracterizadas como cuasiformales en carácter”.¹⁷

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

¹⁵ “Las fuentes formales, legales y directas consisten en los actos o hechos por los cuales este contenido (sea cual fuere su origen y de cualquier fuente material) se reviste de validez jurídica y fuerza obligatoria”. Es la expresión original de Fitzmaurice. Traducción de Mónica Nuño.

¹⁶ Fitzmaurice, Gerald, “Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, en Koskenniemi, Martti (ed.), *op. cit.*, pp. 57 y 58.

¹⁷ *Ibidem*, p. 58.

obligaciones, pero no fuente del derecho.¹⁸ Además, él 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.¹⁹

Volviendo sobre los tratados, Fitzmaurice postula que la única ley que no deriva su valor de un tratado es la norma *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 todos aquellos casos 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, las cuales 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 otras: son las reglas del derecho natural. Los sujetos de las fuentes formales del DI son la costumbre internacional; el derecho natural y como fuentes cuasiformales, 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 cuasiformales.

El artículo 38-1 del ECIJ es solamente indicativo para la corte sobre las fuentes; es defectuoso ya que no distingue entre fuentes formales y materiales, no establece un sistema de prioridad y las fuentes formales están expresadas de manera inapropiada.²⁰

¹⁸ *Ibidem*, p. 59.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Ibidem*, p. 80.

La teoría de Fitzmaurice tiene elementos de gran valor y otros, aunque respetables, no los compartimos. Nos referimos a ese terreno amplio y al mismo tiempo vago del derecho natural que no deja margen a la discusión.²¹ Los ejemplos que emplea son: *pacta sunt servanda* y la regla de que un 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 encontrar 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 38-1 en su exacta dimensión, que las interpretaciones de la doctrina, a través del tiempo, han llevado a una confusión y a crear una camisa de fuerza al DI que impide su crecimiento, o bien, su comprensión. Pensar que el DI tiene un origen natural o divino se presta a la vaguedad y con ella cualquiera puede alegar que tal o cual disposición son de derecho natural. De hecho así sucede, ya que prestigiados internacionalistas que afirman que tal o cual principio, tal o cual norma, son generalmente reconocidas y forman parte del *ius cogens* internacional, sin probarlo, solo diciendo que forman parte del derecho natural.

Por lo que respecta a su opinión de que los tratados internacionales no son fuente del derecho, sino de obligaciones, es una opinión que es relativa pues es cierta cuando hablamos de muchos tratados bilaterales y multilaterales que no tienen un alcance universal. Sin embargo, no tiene mucho sustento a la luz de los tratados internacionales de la magnitud de la Con-

²¹ Fitzmaurice afirma: “cuando se encuentre una regla jurídica que no pueda ser distinta de la que es, no podría existir, y no requiere ser explicada ni justificada en términos de ninguna otra regla, es una regla de la ley natural y con respecto a cualquier regla de este tipo, la ley natural es la fuente formal del derecho” (traducción de Mónica Nuño), *ibidem*, p. 68.

vención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (Viena 69), 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; es decir, de tratados reguladores o codificadores de ciertas materias.

VII. LA TEORÍA DE LOS COMPROMISOS COMO FUENTES

Y aquí llegamos a otro nivel de reflexión que es el relativo a ¿Por qué se cumple el derecho internacional? Esta pregunta ha sido el objeto también de la doctrina de DI que, en forma excelente, describe Andrew Guzman²² cuando habla de los diferentes modelos teóricos que explican el cumplimiento de DI:

- El modelo de gestión (*The managerial model*).
- El proceso transnacional legal (*Transnational legal process*).

En la teoría de las relaciones internacionales se habla del neorealismo, de la teoría liberal institucionalista, y todavía, de una teoría que considera al DI irrelevante. Después del análisis de las mencionadas teorías, dicho autor considera que cualquier obligación tiene dos etapas: en la primera se negocian contenido y nivel de compromiso de la ley, y en la segunda se decide cumplir o no con sus obligaciones internacionales, en el entendido de que la consecuencia del incumplimiento pueden ser sanciones, o bien, la pérdida del capital de reputación en la arena internacional.²³

²² Guzman, Andrew T., “A Compliance-Based Theory of International Law”, *California Law Review*, California, vol. 90, enero de 2002, pp. 1823-1887.

²³ “Cualquier obligación internacional está modelada como juego en dos etapas. En la primera etapa se negocia sobre el contenido de la ley y el nivel de compromiso. En la segunda etapa se decide si cumplir o no con sus obligaciones internacionales: el derecho internacional afecta a un interés propio del Estado, y así, su decisión de cumplimiento de dos maneras. Primero, puede llevar a la imposición de sanciones directas, tales como comerciales, militares o diplo-

En el esquema de Guzman hay dos elementos claves: la reputación y las sanciones que son el principal *leit motiv* de cumplir el DI. La reputación que tiene el Estado en cuestión le sirve para medir su cumplimiento y su violación, porque, según este autor, el grado alto de reputación también le da un valor agregado, o sea, vale más cuando el Estado cumple, pero en caso de incumplimiento, el Estado hace un ejercicio de valoración sobre lo que significan las sanciones frente a los intereses; es decir, hay una contradicción entre prestigio internacional/sanciones *vs.* intereses propios. El Estado decide a favor de lo que inclina la balanza.

En el modelo de Guzman también está su concepto de fuentes. Para él, el punto clave son los “compromisos” (*commitment: an engagement or obligation that restricts freedom of action*), que van a impactar su reputación. De ahí que el concepto de fuentes es amplio, incluye los tratados, la costumbre e, indudablemente, lo que se conoce como *soft law*.

En realidad de lo que habla Guzman es que el Estado no se obliga solamente, sino que emite promesas de comportamiento.²⁴ Desde una perspectiva estricta, la definición de Guzman falla al generalizar las fuentes; lo que hace es relativizar el DI, dejando a la voluntad de los Estados cumplirlo o no. En otras palabras, si un estado celebra un tratado internacional, no “promete” cumplirlo, sino se “obliga a cumplirlo”. Lo mismo sucede con la costumbre y los actos unilaterales. Precisamente las promesas tienen un lugar entre las fuentes del DI; como veremos más adelante,

máticas. Segundo, puede llevar a la pérdida de su capital de reputación en la arena internacional. Si los costos directos y de reputación de violar el derecho internacional están compensados por los beneficios, entonces un Estado violará dicho derecho” (traducción del autor), *ibidem*, p. 1846.

²⁴ “...como estas promesas y obligaciones que hacen materialmente más probable que un Estado se comporte de una manera consistente con aquellas promesas y obligaciones que de otra manera, sería el caso. En algunas instancias este cambio en incentivos afectará los resultados. Sin embargo, en otros casos, no lo hará” (traducción de Mónica Nuño), *ibidem*, p. 1823.

se pueden encuadrar en el ámbito de los actos unilaterales y con ello decimos que tienen efectos jurídicos concretos.

Lo que intenta Guzman es romper el saco, ya estrecho, de fuentes y proponer una definición funcional en donde quepa no solo lo tradicional, sino todas las obligaciones internacionales cualquiera que sea su denominación —tratados, costumbre, *soft law* y demás—. Sin embargo, su construcción teórica la lleva a un relativismo: “algunos deberes son más obligatorios que otros, tomando en consideración los antecedentes fácticos. Ya no podemos estar satisfechos con la simple conclusión de que «los tratados deben de ser obedecidos»”.²⁵

Llega a tales niveles de relativismo que aconseja a los académicos no referirse a los grandes temas del DI como la guerra, la paz, las alianzas, los derechos humanos; sino referirse a asuntos más mundanos.²⁶

La posición estatista-voluntarista de Guzman describe la postura de las grandes potencias que cuentan con fuerza económica-militar para hacer valer sus intereses frente al cumplimiento del DI. ¿Qué pasa con los Estados carentes de tal fuerza económica y militar que no pueden hacer valer sus propios intereses? Por ejemplo, con esos criterios de Guzman, nos preguntamos ¿Cómo se decidiría el caso de Nicaragua o cualquier otro caso en donde hay una colisión de intereses entre países desarrollados y subdesarrollados?

Anteponer los intereses propios al cumplimiento del DI es esencialmente ir en contra del principio *pacta sunt servanda*. El sistema de DI, da margen para que los Estados no acepten la nor-

²⁵ Textualmente dice: “Algunas obligaciones son más vinculantes que otras, y los Estados eligen el nivel de sus obligaciones contra este hecho de fondo. Nosotros ya no podemos estar satisfechos con la simple conclusión de que “los tratados deben ser obedecidos” (traducción de Mónica Nuño), *ibidem*, p. 1887.

²⁶ “Más cuestiones mundanas” como “toda la gama o asuntos económicos internacionales, desde el comercio hasta la regulación internacional, desde el derecho de la competencia a la regulación ambiental” (traducción de Mónica Nuño), *ibidem*, p. 1885.

matividad, ya sea consuetudinaria —vía el Objektor Persistente (OP)— o convencional —negándose a ser parte de tratados internacionales o por medio de las reservas—, para proteger sus intereses legítimos o su derecho interno. Pero una vez que se acepta hay una obligación de cumplirlo. Permitir que los Estados escojan “el nivel de sus compromisos”, como propone Guzman sólo ahonda las diferencias entre potencias —y la rivalidad entre ellas— y los Estados menos poderosos.

VIII. HACIA UN CONCEPTO CONTEMPORÁNEO DE FUENTES

El DI funciona en un sistema de relaciones internacionales bastante heterogéneo, que exige de una normatividad para su existencia. 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, OIs, empresas transnacionales, Organismos No Gubernamentales (ONGs), etcétera—, no todos sujetos del DI, 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 del imperativo de hacer posible la coexistencia de todos esos integrantes disímbolos, heterogéneos.

Sin el elemento jurídico no es posible la existencia del todo social —*ubi societas ubi ius*;²⁷ o bien puede ser a la nueva *ubi ius, ibi societas*, como lo postula Michel Virally—. En consecuencia, el DI es una construcción ideal, es un invento social que encuentra su origen en la necesidad de regular ante falta de normas. Las reglas jurídicas son un producto social, creado a través de los tiempos, que se ha venido perfeccionando o ajustando a las exi-

²⁷ Virally, Michel, “Le phénomène juridique”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, núm. 1, 1966, pp. 36-40.

gencias de la sociedad²⁸ internacional en los diferentes momentos históricos por los que ha pasado.

En efecto, el DI es una construcción ideal, creada esencialmente por los diferentes pueblos a través de su historia —los pueblos mesoamericanos, por ejemplo, tenían instituciones propias, adecuadas a sus necesidades y culturas originales—. Alfred Verdross afirma “...que el derecho de gentes es tan antiguo como la civilización en general y que realmente parece ser una consecuencia necesaria e inevitable de toda civilización”.²⁹

Podemos hablar de fuentes formales, que serían “Los métodos de creación del derecho y las características formales que debe presentar una regla para ser calificada de jurídica”; así como la manifestación de las normas jurídicas en tratados costumbre, PGD, actos unilaterales, resoluciones de los OIs, jurisprudencia y doctrina. Las fuentes formales, a su vez, tienen su origen en el pensamiento de 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 DI, por ejemplo, la más significativa y antigua como es la costumbre internacional; si vemos como se produce el concepto de *opinio iuris*, veremos que es una idea que nace entre los pensadores europeos y se desarrolla tomado ideas de los españoles, romanos, holandeses, alemanes, ingleses y franceses, que dejan su huella en la construcción de las instituciones en donde los demás pueblos están en la periferia de esa normatividad, pueden tener otra.

Los demás sujetos del derecho, fundamentalmente los Estados, de alguna manera —expresa o tácita— manifiestan su

²⁸ Buzzini, Gionata, “La théorie des sources face au droit international général: réflexions sur l’émergence du droit objectif dans l’ordre juridique international”, *Revue Générale de Droit International Public*, Francia, vol. 106, núm. 3, 2002, p. 387.

²⁹ Verdross, Alfred, *Le fondement du droit international*, París, Académie de Droit International-Recueil des cours, 1927, p. 251.

voluntad. Al hacerlo, los sujetos también expresan sus intereses, sus valores, que se ven más o menos reflejados en las reglas. La igualdad soberana es una mera ficción funcional, como muchas del derecho; de lo cual no se desprende que no sea necesaria para la construcción de la estructura internacional. Mientras subsista una estructura de poder económico y político entre los Estados, no puede hablarse que el DI pueda desaparecer; el concepto de soberanía es un escudo para defender a los Estados menos poderosos de la avidez por territorio, dominio económico y político, por ejemplo.

Así, las normas son un reflejo de los intereses de sus creadores y cuyo contenido depende de su capacidad de negociación. La aceptación de la normatividad tiene una vía, que es la aceptación ya sea tácita o expresa.

El DI, como un sistema jurídico específico, tiene sus propios principios y categorías que si se rebasan colocan a quien lo hace en la ilegalidad. El intérprete y el aplicador de esa legalidad internacional no crean la normatividad, solo la constatan y la descubren al caso específico. De otra manera, nos encontraríamos ante la inseguridad, por la incertidumbre de lo que 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 y mecanismos de aplicación.

También podemos hablar de fuentes materiales o reales, aquí nos referimos a la sustancia, al contenido de la norma: “el conjunto de factores sociales que pueden inspirar el contenido de una regla jurídica dada... y que puedan ser de contenido muy variable”.³⁰ El contenido de las fuentes formales surge de su propuesta, negociación, aceptación expresa o tácita. Aquí estamos hablando de negociación, cooperación, hegemonía y simplemente de aceptación tácita o expresa de dicho contenido.

³⁰ Buzzini, Gionata, “La théorie des sources face au droit international général...”, *op. cit.*, p. 568.

El contenido de las normas se negocia cuando se puede hacerlo o simplemente se rechaza, como en el caso de las normas consuetudinarias con la institución del OP. Por supuesto, el papel del consenso juega un papel importante. Sin embargo, hay normas que no se negocian, porque no son sinalagmáticas, como en el caso de las normas de derechos humanos y derecho humanitario; los Estados las aceptan como un genuino compromiso con su sociedad, por presión de las ONGs, o simplemente por mantener un prestigio.

Por otra parte, hay normas que son producto de la acción hegemónica de algunos Estados. Si analizamos con cuidado la negociación del Acuerdo de Marrakech, por el que se estableció la Organización Mundial del Comercio (OMC) y que ahora es el marco jurídico del comercio internacional, veremos la poca o nula influencia que, por ejemplo, ejercen los países africanos.

En efecto, un fenómeno que se puede detectar con cierta facilidad es el relativo a la influencia que ejercen las grandes potencias al proyectar sus normas internas a los tratados internacionales y de ahí al derecho interno de los Estados. Esto es muy evidente en la negociación de los tratados de libre comercio que tienen celebrados con muchos Estados. Tenemos en el caso de los circuitos integrados, cuando la ley estadounidense *Semiconductor Chip Protection Act* (SCPA) de 1984, fue tomada como modelo para Japón; pero también se proyectó al tratado de Washington de 1989 y de ahí también al tratado de Libre Comercio de América de Norte (TLCAN).³¹

En esta misma línea de pensamiento se puede observar “que la hegemónica expansión de cierto sistema debe de tomarse en cuenta” y se toma como ejemplo la legislación interna de los EEUU, como es el caso de *Sarbanes-Oxley Act of 2002*³² que aplica

³¹ Becerra Ramírez, Manuel, “El derecho internacional de la propiedad Intelectual”, en González Martín, Nuria (coord.), *Lecciones de derecho internacional privado mexicano. Parte especial: derecho civil internacional*, México, Porrúa, 2008, p. 623.

³² Esta ley estadounidense se aplica a la regulación de la práctica financiera y a la dirección corporativa de todas las empresas, pequeñas o grandes. Fue la

sus reglas “de gobierno corporativo en relación con sus correspondientes sanciones civiles y penales, a todas las empresas sujetas a los requisitos de información de la Security and Exchange Comisión (SEC)”.³³ También se habla de que en la arena internacional los actores económicos privados, “particularmente las corporaciones multinacionales o transnacionales, compiten con los Estados desarrollando sus propias normas”.³⁴

Esto nos lleva a afirmar que las concepciones del monismo y del dualismo no sirven para explicar los fenómenos contemporáneos más complejos, en donde es clara una retroalimentación mutua de normas entre lo internacional y lo privado.

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 fuertes —económica, militar y políticamente hablando—, que se aprovechan de su situación de predominio para imponer normas en las “negociaciones”. En otros casos, tal o cual norma depende de la mejor capacidad de negociación o de la impericia de la otra u otras partes en la negociación. O si no es una norma convencional, depende de la situación de cada sujeto el aceptarla o no. Pero ya que una norma existe, su interpretación y su aplicación dependen de las categorías de los sistemas jurídicos específicos de cada sujeto. Aquí nos encontramos en el terreno del derecho interno, que a nivel internacional puede nacer la responsabilidad internacional en caso de incumplimiento.

reacción a un gran número de escándalos financieros de empresas, como los casos de Enron, Tyco International Adelphia, Peregrine System y WorldCom.

³³ Delmas-Marty, Mireille, *Ordering Pluralism: a Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Estados Unidos, Hart Publishing, French Studies in International Law, 2009, p. 10.

³⁴ *Ibidem*, p. 13.