**DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

**PRIMER PARCIAL**

**PRIMERA PARTE: INTRODUCCIÓN**

**TEMA I**

**LA SOCIEDAD INTERNACIONAL Y SU DERECHO**

- NOCIÓN DEL DI

En un principio aparecen instituciones jurídicas como TI, T de guerra, modos de relación diplomática, etc. que constituyen la parte más vieja del DI. Pero el DIP nace con el Estado moderno y va evolucionando para dejar de ser un D. exclusivamente interestatal, porque otros entes, como las OI forman parte de él.

El modo como el sistema jurídico int. capta la realidad del Estado es diferente a como lo hace el D. interno: En el D. privado civil o mercantil aparece como una persona jurídica susceptible de adquirir, modificar o extinguir D y obligaciones. En el D público Advo aparece como poder soberano, aunque sometido a regla de D (d: Constitucional). Para el DI el Estado es una unidad de poder y decisión soberana dotada de imperium en cuanto no tiene otra autoridad a la que esté sometido, pero limitado espacial y materialmente en cuanto obligado a compartir un espacio limitado con otros Estados igualmente soberanos.

Esta igualdad de soberanías obliga al DI a ser un D de coordinación, lo que lo aproxima al sistema jurídico de los Estados federales que disponen de cierta autonomía normativa que da lugar a sistemas jurídicos propios.

Aún así, el D federal no es un D de coordinación. Las relaciones entre sus miembros son paritarias, situadas en pie de igualdad, pero regidas por normas que ellos no se han dado a si mismos sino por las de naturaleza federal que se imponen en las relaciones entre los Estados federales como un D. superior penetrando intersticialmente en el de los sistemas particulares de los Estados miembros.

El DI se aleja de estas notas en cuanto que él es un D relacional, sus normas son normas que los Estados se han dado a sí mismos, no hay un principio básico por el que se declare que en caso de conflicto las leyes nacionales deban ceder el paso a las internacionales. La supremacía del orden internacional sobre los sistemas jurídicos estatales es una supremacía de razón, pero no existencial o jurídica.

El DI se acerca al D federal en cuanto ambos tienen como tarea la articulación de sistemas jurídicos diversos para darles un grado de unidad y armonía. Tal es el caso de la protección de los D fundamentales del hombre en el sistema de la Convención Europea que tiene rasgos claramente federales.

El DI se va perfeccionando como sistema jurídico al ir institucionalizándose a través de las OI. Éstas ocupan un lugar muy especifico en el marco europeo dando lugar al D comunitario que se impone, parcialmente, al de los Estados y se sitúa a medio camino entre un D estatal interno y el orden J. internacional de una sociedad descentralizada.

Excluidos del DIP están el DI privado, el D penal internacional, fiscal internacional, adv. internacional, etc; que son internos de cada Estado en particular. Son internacionales sólo en el propósito cuando tratan de resolver supuestos que contengan algún elemento de extranjería suficiente relevante.

El DIP regula las relaciones entre Estados soberanos básicamente, pero también las de otros entes a los que no

se les puede denominar como Estados soberanos totalmente, es el caso del Estado de la Ciudad del Vaticano o de microestados como San Marino o Andorra.

Otra excepción son las OI que pueden ser sujetos de DI cuando tienen voluntad jurídica propia, distinta de sus Estados miembros. Y a los que no sólo el DI regula sus relaciones con los Estados o las de unas OI con otras sino también el D interno de cada OI.

También la persona individual es hoy en determinados aspectos objeto de atención del DI. Sobre todo en lo que respecta a la protección internacional de los D fundamentales, que el DI los protege frente incluso al Estado de la nacionalidad de la persona directamente afectada por la lesión.

Conclusión: El DI moderno es básicamente un D intersocietario o interestatal, pero no de modo exclusivo.

- CRITERIOS SISTEMÁTICOS EN LA FIJACIÓN DEL CONTENIDO DEL DIP.

Se destacan tres distintas concepciones posibles del DIP:

- *La noción del DIP desde los sujetos:*

Se caracteriza al DIP como al conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas entre los sujetos de ese D que ellos mismos crean.

No sólo los Estados, sino también otros agentes (sin que formalmente posean la condición de sujetos de DI), serían los elementos de referencia en la configuración de este orden.

No es, por consiguiente un D que establezcan los Estados sin más, sino (y esto sólo en parte), un D que crean los Estados en tanto que sujetos activos de ese orden jurídico.

*B) El criterio de la validez u origen de las normas internacionales:*

Caracterización del orden jurídico Int. por el origen de sus normas. Es éste el que permite diferenciar una norma interna de una Int. y no su contenido natural, civil o penal.

Una norma es Int. porque ha sido creada por un procedimiento de creación normativa Int. y el conjunto de estas normas forman el DI.

- *El criterio por razón de la materia o contenido de la norma:*

Habría normas que por su propia naturaleza pertenecerían al D. interno de los Estados, p ej. Las relativas a la nacionalidad, las de DI privado, las de D. advo. , etc.

Otras en cambio serán materia de DI: las relativas a la conclusión de tratados Int. , las que regulan la inmunidad jurisdiccional de los Estados, etc.

En realidad ninguno de estos criterios A, B y C es por si sólo satisfactorio, aunque cada uno de ellos supone un argumento parcialmente valido.

−− El A incurre en un circulo vicioso al definir al DI por los sujetos que lo crean y a estos por referencia a normas Int.

−− El B sólo es sostenible en un dualismo radical ya que niega la correlación y armonía de contenidos de las normas Int. y de las de D interno.

−− Menos aceptable es aún el C puesto que hoy cada vez son más frecuentes los TI que, desde el punto de vista material, identifican su contenido con el de las leyes internas estatales.

- LA ESTRUCTURA DE BASE DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL

A una determinada estructura social corresponde un determinado D, pero el D no se limita a ser mero reflejo de esta estructura, sino que ejerce sobre ella una función de transformación.

- Desarrollo histórico

Los Estados modernos se constituyen como poderes soberanos apoyándose en una clase social emergente: la burguesía.

Estos nuevos poderes se asientan en espacios territoriales cerrados y continuos.

Nace así una nueva sociedad Int. anárquica etimológicamente hablando, policéntrica con soberanías fuertemente territorializadas, independientes y por ello tendencialmente iguales.

El momento álgido del Estado como formación política soberana lo constituye el periodo que va desde finales del S. XVIII hasta la 1ª GM. La Rev. Fran. y su carga de liberalismo operan una primera mutación sobre el carácter cerrado del sistema de Estado europeos que continua con la emancipación de las colonias.

La 1ª G.M. indujo una crisis general en el Estado y en la sociedad Int. que puso a la noción misma de soberanía en cuarentena. Pero el acceso de nuevos Estados ha supuesto una reviviscencia del principio de soberanía estatal como modo de reafirmar su propia independencia.

- ANALISIS DE LOS RASGOS FUNDAMENTALES DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL.
- *Soberanía e igualdad. Relativa ineficacia de las reglas Int.*

El primer rasgo de esta sociedad es la de estar formada por Estados que anteponen sus intereses particulares al interés general de todos.

Pero aunque los Estados vivan replegados sobre si mismos, están forzados a coexistir en un mundo cerrado y por tanto a aceptar la solidaridad de hecho que impone la propia coexistencia.

A la vista de un orden de tal naturaleza, es evidente que las normas jurídicas, establecidas por común consentimiento, sólo pueden ser un factor o elemento más en la solución final de los conflictos Int. No como en los ordenamientos estatales que las normas que establecen organizan y orientan decisivamente la conducta de sus destinatarios.

Más aún, el DI regula la coexistencia pacífica pero se le escapa los factores beligenos de la sociedad Int. La producción y libre comercio de armas entre Estados ricos y pobres, etc., son factores generadores de conflictos que escapan en gran medida a la acción de las normas Int.

- *El principio de igualdad de soberanía y Gobierno de hecho de las grandes potencias.*

La Carta de NU consagra:  La Organización se basa en el principio de igualdad soberana de todos los Estados. El DI, tanto el Consuetudinario general como el de las OI, lo recoge en multitud de reglas. Pero la realidad política es muy otra; en la sociedad Int. siempre ha habido Estados mejor dotados que otros para un ejercicio prepotente del poder, de modo que el principio formal de igualdad jurídica no puede anular la desigualdad de hecho entre los distintos Estados.

Este rasgo estructural ha encontrado reflejo en la organización Int: El Consejo de la sociedad de Naciones establece una representación permanente de las Grandes Potencias junto a la representación cambiante de los demás Estados.

- *Prevalencia de las situaciones de hecho.*

Una consecuencia directa del carácter anárquico de la sociedad Int. es el imperio de la facticidad.

El mismo mecanismo de la responsabilidad Int. está concebido desde la idea de la reparación del perjuicio por el acto contrario a la regla Int, pero no de la nulidad o anulabilidad de lo actuado. Un nuevo poder estatal, creado por la violencia contraria al DI, termina siendo reconocido si se implanta como poder independiente de modo estable.

Tal situación anómala sólo comienza a ser corregida. Los Estatales están en la obligación jurídica de ajustar su comportamiento a la norma Int. y de declarar la posible ilegalidad de una determinada situación.

Hoy hay determinados campos de la legalidad Int. especialmente protegidos: el principio del no uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado del art. 2,3 de la Carta de NU es hoy concebido como una prohibición absoluta y estaría necesitado de una especial exigencia de facticidad para terminar siendo sanado por el transcurso del tiempo.

La facticidad no tiene porque ser siempre entendida como situación contra D. puede serlo también, al margen de D en cuyo caso la integración de lo fáctico en la norma ya creada es un elemento de modulación de ésta.

*D) El conflicto.*

La sociedad Int. comporta factores beligenos por el hecho mismo de ser sociedad interestatal. Su estado normal no es el de paz social sino el del conflicto.

Mientras que en el plano interno, el Estado, ha concentrado en sus manos el poder político y con ello se ha constituido en garante de la paz social, en el ámbito Int. es él quien puede perturbar esa paz.

- Los conflictos Int. son siempre conflictos colectivos:

Por ser los Estados agrupaciones humanas complejas, el conflicto entre ellos es siempre colectivo enfrentando intereses variados y dispares. P. ej. Las injurias al Jefe del Estado las siente su comunidad como ofensa a toda la nación.

Hay que anotar los esfuerzos del DI para individualizar la responsabilidad de personas o grupos, por ej, en el desencadenamiento de una guerra. Tales esfuerzos han sido hasta ahora ineficaces, la reacción a una agresión afecta a inocentes y a culpables o las represalias por un acto terrorista en pocas ocasiones encontraran a los verdaderos responsables.

- Gravedad de los conflictos territoriales.

El Estado es un poder soberano de naturaleza eminentemente territorial. Por eso los conflictos que afectan a su territorio son siempre de difícil aducción.

- La acción pacificadora de las OI.

La solución de conflictos Int. la asumieron tradicionalmente las Grandes Potencias. En el S. XIX, por el llamado Concierto de las Grandes Potencias que eran una serie de Estados que se autoconcedieron una

función de gobierno de hecho sobre los demás países.

En los años veinte, la S. de N. aseguraba la paz y concordia entre los Estados, para lo cual sustrajo el empleo de la fuerza de la decisión unilateral de estos en sus relaciones.

Esta vía la ha mejorado NU imponiendo la obligación de arreglo pacífico de controversias a todos los Estados, miembros o no de la Organización.

Ahora bien, estos principios sólo pueden funcionar si hay entendimiento entre las Grandes Potencias y esto sólo sucede cuando los intereses de los demás Estados no los impliquen a ellos directamente. Lo que equivale a reconocer que no las NU en cuanto Organización, sino los grandes Estados actuando a través de ella son los agentes directos en la solución del conflicto.

En los conflictos que enfrentan a Grandes Potencias, las NU son ineficaces, ya que, por definición, entre Grandes Potencias no hay tercero posible.

- *Las contradicciones hoy insalvables, entre las exigencias existenciales*

*de la Comunidad Int. y la capacidad organizativa de esta.*

Existe una notable carencia de instituciones que afronten determinados problemas eficazmente: P. ej. El del acceso y posesión del arma atómica que no se ha visto afectado por la prohibición del recurso a la fuerza.

De acuerdo con los principios fundamentales del DI no hay argumento válido que permita a un Estado negar a otro el D que el ejercito al dotarse del arma. Lo que fue lícito a unos no se le puede prohibir a los demás. Y aunque exista un tratado de limitación, sólo obliga a quienes lo hayan asumido voluntariamente.

Otra flagrante contradicción es la imposibilidad de crear instituciones Int. que lleven a cabo una distribución justa de los bienes de la tierra: Nadie pondría en duda el D. de cualquier ser humano a ese disfrute, pero son los instrumentos jurídico−políticos los que fallan e incluso se oponen, ya que nadie ganaría unas elecciones sobre la base de la realización de esa justicia social Int. que empobrecería la propia sociedad nacional. E aquí al Estado como elemento belígeno y egoísta en el plano Int.

- *La imposible justicia Int. como piedra angular del orden jurídico Int.*

La manifestación más clara de poder soberano es la facultad para imponer a las partes contendientes, con efecto vinculante los modos de solución de sus conflictos.

Pero en el Orden Int. Las partes son libres para resolver o no el conflicto por medios pacíficos o para elegir aquellos otros que deseen, sean o no los más idóneos.

**Nº II**

**CARACTERES DEL DI LA COMPRENSIÓN DE ESTE D. COMO SISTEMA JURÍDICO**

- CUESTIONES GENERALES:

El DI se distingue por:

  - No posee la unidad que pudiera conferirle un poder político, como es el caso en los ordenamientos J. Internos.
  - La sociedad Int. es anárquica, pero no porque carezca de todo poder sino en virtud de su

policentrismo.
- La obligación Int. tiene como base el consentimiento.
- La norma Int. comporta una carga de universalismo, aplicable a todos sin excepción de razas o culturas.
- El DI no es sólo un D. interestatal, es también D. aplicable a todos los Estados en cuanto miembros de la comunidad Int.
- El desarrollo histórico del DI confirma esta tendencia hacia la unidad y universalidad: Nacido en Europa occidental en los S. XV y XVI se ha de enfrentar de inmediato a problemas universales, como los asentamientos coloniales, la utilización del mar como medio de comunicación, la independencia de las antiguas colonias, etc.

- LOS ASPECTOS SISTEMÁTICOS DEL DI
- *Identificación de la regla jurídico−Int.*

Tal identificación incluye dos tareas:

- Determinar la existencia o no de tal regla.
- Averiguar la densidad normativa de dicha regla, y esta indagación se desdobla en dos vías:

1º− La jerarquía normativa: No tiene el mismo valor según se trate de una norma constitucional o de un precepto reglamentario.

2º− Las concatenaciones con otras reglas jurídicas: p. ejem. La legítima defensa como reacción frente a una agresión ilegítima.

−− Por lo que respecta a la determinación de la norma Int., hay que distinguir entre normas consuetudinarias y normas escritas. En ambos casos se tiende a confundir el momento de la identificación con el de la aplicación.

La identificación de la norma escrita es fácil, el problema radica en fijar su alcance normativo. Pero en las consuetudinarias la dificultad suele extenderse hasta si existe o no tal regla, cuya prueba corresponde a quien la alega.

−− En cuanto a la relevancia del D. interno en la fijación del contenido normativo de la regla Int. hay que decir que en la medida en la que el Sis. Jur. I., se perfecciona y elabora sus propias nociones, va independizándose de los prestamos que tradicionalmente ha necesitado de los sistemas internos estatales. No obstante continua usando de ellos como complemento normativo necesario en la reglamentación de una determinada institución o para introducir una modulación en la solución jurídico−Int. de un determinado problema.

−− Respecto de la flexibilidad de las reglas Int. hay que decir que en el D. positivo de los Estados, los contenidos de esta obligación consisten en una prohibición, en un mandato o en una permisión o autorización. El DI se aparta de esa triada porque se dan situaciones evolutivas en las reglas que introducen un cierto grado de inseguridad en el deber que estas imponen o en los D. subjetivos que atribuyen.

La ausencia de un poder Int. centralizado, dotado de una facultad sancionadora clara y eficaz, difumina el contenido del deber impuesto por la regla jurídica. La reparación del daño por incumplimiento del deber Int. lleva generalmente a una compensación pactada y no a la restitución como debería.

Junto a deberes claros y precisos (respecto a la integridad territorial de los Estados) se dan formas atenuadas de normatividad, p. ej. Las opiniones consultivas del TIJ no son reglas jurídicas en el sentido propio de imponer una determinada acción o abstención y, por consiguiente, no hay infracción en el sentido propio por parte del Estado que no siga esas directrices, aunque quien las respete siempre podrá usar en su beneficio el

principio de la buena fe pues su comportamiento estará ajustado a D.

La dicotomía que el DI establece entre las obligaciones de comportamiento y las de resultado atenúan esa normatividad. En la obligación de comportamiento, los sujetos no están obligados a concluir un tratado sino a la negociación de buena fe que pueda llevar a ello.

En las obligaciones de resultado, el DI no impone procedimientos precisos con tal de que se obtenga el resultado apetecido.

- *Diversidad de las normas Int.*

En un sistema jurídico su unidad se funda primordialmente en la unidad de las fuentes jurídicas, reforzada por el principio de jerarquía. La ley en los D internos juega en este aspecto un papel central. En el DI, por el contrario, coexisten dos fuentes, la costumbre y el tratado que se interseccionan y coartan recíprocamente. Esto es perturbador pero además cada una de ellas aisladamente consideradas, son germen de diversidad normativa.

Si tomamos p. ej. una regla consuetudinaria tan tradicional como es la inmunidad jurisdiccional de los Estados, cierto es que hay en ella un núcleo común fijo pero sus perfiles frecuentemente no lo son. Así: La noción del mar territorial es bien precisa pero los procedimientos utilizados por los distintos Estados en los trazados de las líneas de base son diversos.

Por lo que respecta al tratado, debemos tener en cuenta que según una regla común al D. interno y al DI, el acuerdo sólo es ley entre las partes. Y desde ahí, es manifiesto que las normas convencionales son normas diversas también.

Sin embargo, en las recientes líneas de evolución de ambas fuentes del DI hay elementos de integración y sistematización de la regla jurídica.

Del lado de la costumbre, la publicación sistemática de la práctica Int. de las Organizaciones y de los Estados ha introducido un notable grado de claridad y seguridad.

En la relación Tratado−Costumbre hay también un cambio cualitativo en función sobre todo, de la labor codificadora que le corresponde al convenio.

No debemos olvidar en este contexto la acción de las OI y, en particular, de NU cualquiera que sea el valor jurídico de sus resoluciones y recomendaciones, su influencia en la sistematización de las reglas Int. es patente.

Tampoco debemos olvidar la acción de clasificación y sistema de la jurisprudencia de los dos Tribunales de la Haya ( TPIJ Y TIJ) tanto por la vía contenciosa como por la consultiva.

- *EL ius cogens internacional*
- Noción.

El término *ius cogens* suscita de inmediato la idea de normas dotadas de una particular fuerza de obligar que se imponen como D necesario frente a otras reglas de carácter dispositivo que permiten que las partes seleccionen entre las diferentes opciones legales que la ley establece.

Hay otra acepción de *ius cogens* que se establece en función del principio de la jerarquía normativa: Derecho Constitucional frente a otras formas inferiores.

Pero la manifestación más tangible hoy de esta noción de *ius cogens* en el DI está configurada como limitación a la libertad de los Estados en la facultad que estos tienen para vincularse por medio de tratados. Aunque no se trata de imponer determinadas normas de D estricto, si introduce determinadas limitaciones a una voluntad negocial que es casi onnímoda.

- Su contenido

La doctrina cita como más características:

  - La prohibición de la esclavitud.
  - La prohibición del uso de la fuerza de modo contrario a los principios de NU.
  - El delito de agresión.
  - La discriminación racial.
  - La prohibición de trato inhumano o degradante.
  - Principio de la libertad de los mares y las comunicaciones.
  - Concepción de la soberanía como fuente de D. y de obligaciones.

− Etc.

- *Efectos jurídicos*

Las reglas de *ius cogens* que expresan así su normatividad absoluta tienen como consecuencia inmediata la radical nulidad de los actos contrarios, cualesquiera que sea la naturaleza de éstos.

Esta noción no esta exenta de dificultades para asentarse en las instituciones Int. El art. 66 de la CV introduce un principio de jurisdicción obligatoria entre las partes de un TI, cuando alguna de ellas quiera exonerarse del cumplimiento de obligaciones pactadas alegando una regla de *ius cogens*, será la instancia judicial la que decida si existe o no la mencionada regla. O lo que es lo mismo, las partes de un acuerdo, sólo bajo la condición de aceptación de la instancia judicial pueden hacer uso de la noción de *ius cogens.*

- Modo de creación de las normas de *ius cogens*.

Dos procedimientos de creación normativa en el DI:

  - Mediante tratado: Todos los TI tienen la misma fuerza vinculante.
  - Mediante la costumbre: Siempre tendremos algún Estado opuesto. ¿Se quedaría fuera del alcance de la norma de *ius cogens*?. Eso sería contrario a la propia noción de D. necesario.

- LA PLENITUD DEL DI. EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS

La imagen de laguna suscita la idea de vacío, de discontinuidad en un todo al que se le presupone continuidad y plenitud.

No hay laguna cuando el vacío que se percibe lo es por carencia normativa en un ámbito de la actividad social que debería haber sido normada, pero que no la está.

No la hay tampoco cuando el legislador o los redactores de un TI, conocedores de la imposibilidad de llegar a compromisos precisos, hacen uso de conceptos normativos indeterminados abandonando a la práctica ulterior la reglamentación adecuada a la materia.

Tampoco la hay cuando la imperfección de una determinada regla legal o consuetudinaria puede ser remediada bien por el recurso a fuentes subsidiarias o auxiliares, bien mediante los métodos ordinarios de

interpretación.

Una laguna en sentido propio se dará allí donde los supuestos de hecho captados inicialmente no estén después regulados. Esto se da cuando un valor fundamental nuevo colisiona con los anteriores o cuando coexisten dos antitéticos sin que se hayan fijado sus límites o cuando establecidos los principios, no haya reglas intermedias que permitan aplicarlos en todas sus consecuencias.

Las lagunas en el D interno se resuelven en la práctica atribuyendo al juez una función integradora del D. El Juez Int. limitado estrictamente en sus funciones por el principio de la sumisión de las partes, no puede extender su competencia más que en ámbitos muy limitados.

En el caso de la Plataforma del Mar del Norte el TIJ ante la ausencia de reglas precisas y la imposibilidad en que el Juez está para suplir las carencias del legislador, impone a las partes, tan sólo, el deber de negociar

**Ver casos prácticos 1 a 4**

**SEGUNDA PARTE: LAS RELACIONES ENTRE EL DI Y LOS D. INTERNOS ESTATALES**

**TEMA III**

- **ASPECTOS TEORICOS**
- INTRODUCCIÓN

El estudio de esas relaciones puede hacerse desde una doble vertiente:

  - Una teoría y abstracta, que necesariamente presenta conexiones con la filosofía del D.
  - Otra de D. positivo que se preocupa por las posibles conexiones entre los diferentes sistemas:

- El estudio de la recepción o incorporación de las normas Int. en los sistemas jurídicos estatales.
- Estudio de la consideración que merecen las normas estatales para el DIP.

Estudiaremos en primer lugar las teorías que fundan el DI en el D interno (Monismo con primacía del D interno). Después el intento de superación de éste por el Dualismo y más tarde examinaremos algunas doctrinas de concepción monista pero con primacía del DI sobre el interno.

- MONISMO CON PRIMACIA DEL D INTERNO.

Es fruto del positivismo del S XIX y la consecuencia de la teoría de la soberanía estatal absoluta, que lleva en última instancia a la negación del DIP como verdadero D.

La raíz filosófica de esta posición hay que buscarla en Hegel para el que el Estado es la suprema realización de la Idea ética, la encarnación del absoluto sin admitir recorte alguno a su libertad. Por esta razón no concibe un DI limitativo de esa libertad de acción. Este no es más que un D. estatal externo.

La única fuente *ius internacional* aceptada era el Tratado como manifestación de la voluntad del Estado. Si se aceptaba a la costumbre, era en su condición de pacto tácito.

El TI como acto entre Estados, afecta a estos, no a los particulares. Para que les afectase debe haber un pacto formal de incorporación por lo que la fuerza de obligar procedería de la ley que incorpora al TI y no de éste.

Una atenuación de esa posición radical fue la construcción de Jellinek basada en la idea Kantiana de la autolimitación que el Estado realiza en el plano interno dándose su propia norma constitucional y en el plano

Int. contratando y obligándose con otros Estados soberanos igualmente como él. TI y Constitución estatal tienen el mismo fundamento, el acto de autolimitación del Estado.

Pero Jellinek no acepta en el acuerdo Int. un acto de vinculación diferente al de la Constitución ya que esto lo llevaría a un dualismo. La fuerza de obligar del TI esta en el acto de aprobación o ratificación de éste, que es un acto legislativo interno. Con ello le da una condición infralegal al TI. respecto de la ley que lo aprueba.

La posterior evolución de esta doctrina monista con primacía del D. interno hacia un DI de coordinación (kaufman) no modifico sustancialmente dicho problema.

- EL DUALISMO

Esta posición esta unida al constitucionalista alemán Triepel, cuyo esfuerzo se dirige a demostrar que fuente de validez y objeto son radicalmente distintos en el Ordenamiento Int. y en los Estatales. Es decir, que para él, el principio de individualización de las normas jurídicas no está en el objeto o sujeto destinatario sino en su fuente u origen de validez.

Así p. ej., en el matrimonio regulado por el D. canónico y el civil puede haber coincidencia de objeto y de sujetos y, en consecuencia, identidad en el contenido de las reglas, pero son normas distintas porque diferentes son las voluntades de las que emanan.

Lo mismo ocurre con el DI y el D. interno. Sus reglas jurídicas son diferentes por su origen, pero su contenido puede ser el mismo.

Distingue Triepel dos grandes categorías de acuerdos:

- El contrato: en el cual los intereses de las partes son contrapuestos y por eso su voluntad negocial genera D. subjetivos pero no normas jurídicas.
- La convención: En ella la voluntad de las partes se orienta en sentido paralelo hasta constituir una voluntad común. Su fin no es el de crear D. subjetivos en las partes sino normas de conducta, reglas jurídicas. A esta categoría es a la que Triepel le reconoce la misión de crear D.

La diferencia radical del DI respecto de los D. estatales consiste en que los distintos acuerdos o convenciones entre Estados tienen su propia voluntad común distinta de la de cada Estado individualmente. Se afirma así la radical separación entre ambos sistemas.

Los D. y deberes configurados por normas Int. vinculan sólo a los Estados. Las normas de D. interno son irrelevantes en el orden jurídico Int.

Para que una norma Int. produzca efectos en el ámbito interno es necesario un acto de transformación por el que la regla Int. pasa a ser parte del sistema jurídico que la incorpora.

- MONISMO CON PRIMACÍA DEL DI: LAS DISTINTAS ESCUELAS MONISTAS.

Esta posición considera que el DI es un orden superior y que de él dependen, de una u otra forma, los sistemas jurídicos de los Estados. Éstos actuarían por delegación del orden jurídico Int. y en los ámbitos competenciales fijados por él.

a) Escuela de Viena.

Parte de una crítica radical al dualismo, puesto que no acepta que sea posible distinguir diferentes sistemas. Entre las distintas normas jurídicas tiene que haber unidad en virtud de una radical concatenación normativa,

de forma que el supuesto de hecho de una norma cualquiera es la consecuencia jurídica de la inmediatamente anterior, y, a la vez, su consecuencia jurídica será supuesto de hecho de la siguiente.

La función que en Triepel se atribuía a la voluntad común interna e Int. en Kelsen (padre de esta teoría) se le confiere a la norma hipotética o fundamental pero con la diferencia que las dos voluntades eran irreductibles y en Kelsen, la radical unidad del deber ser jurídico establece entre los distintos sistemas la misma concatenación y dependencia que se da entre las normas de un mismo sistema.

Kelsen nunca llego a sostener la primacía del DI sobre el interno. Él entendió que la elección de la norma fundamental de la que depende el monismo de uno u otro signo, era una cuestión de ideología y no un problema científico. La exigencia científica quedaba satisfecha con la afirmación de la unidad de todo el D, tanto si esta se conseguía sobre la base de la primacía del DI, como si era obtenida mediante la afirmación del monismo del D. interno.

Fueron sus discípulos quienes afirmaron la primacía del DI. Sólo concebían un DI superior a los ordenamientos jurídicos estatales.

b) Escuela sociológica francesa.

Afirma igualmente la radical unidad entre el orden Int. y los sistemas jurídicos internos, con primacía del primero sobre los segundos, pero lo hace desde postulados diferentes:

Todo D. es un producto espontáneo del medio social y nace en virtud de la necesidad biológica que se impone a los miembros de una determinada sociedad de regular su conducta dentro de ella.

Dentro de grupos básicos se crea un D. estatal ya que los Estados en su interior constituyen sistemas jurídicos jerarquizados. Pero por encima de ellos se percibe el mismo fenómeno de solidaridad humana, y este hecho social genera su propio D. intersocietario, que se impone con la misma necesidad biológica, dentro de la sociedad estatal.

Por su misma naturaleza toda norma Int., prima sobre toda norma interna en contradicción con ella y la modifica o auna *ipso facto*.

- La orientación monista del iusnaturalismo.

Si la ausencia del positivismo está en la concepción voluntarista de la norma jurídica, el iusnaturalismo la concibe básicamente como una ordenación de razón. La regla vincula no porque sea un mandato sino porque es una ordenación racional.

Mientras que en el iusnaturalismo el contenido de la norma establece su propia jerarquía, en el positivismo la jerarquía de la norma viene dada por el mayor o menor grado de proximidad en relación con la fuente de validez u obligatoriedad de todo el sistema. Con ello la primacía de las regla Int. sobre las de los D internos es una consecuencia de la relación en que están las sociedades particulares con la comunidad universal.

Los Estados son sociedades perfectas en el sentido en que poseen los instrumentos necesarios para la realización de sus fines. Pero por encima de ellos esta la Comunidad humana con poder de darse leyes justas y convenientes como son las del D de gentes. A una nación no le es posible no tenerse por obligada por el D. de gentes porque éste se funda en la autoridad de todo el orbe; y allí donde el ejercicio de un D particular ponga en riesgo el bien común, aquél habrá de ceder a favor del bien general.

La jerarquía así establecida se funda en el ser de las cosas lo que implica que esa superioridad del orden int. está matizada por dos elementos correctores:

- La protección y el respeto a los valores fundamentales de la persona. Prevaleciendo el bien general sobre el particular.
- El principio de la subsidiaridad: La primacía del orden universal no absorbe ni anula la identidad y personalidad de las comunidades inferiores.

**TEMA IV**

- **LAS RELACIONES ENTRE EL DI Y LOS D INTERNOS EN EL D CONSTITUCIONAL COMPARADO.**
- OBSERVACIONES GENERALES

Es cierto que el DI afirma, desde su perceptiva, su superioridad sobre el D. interno, pero él no es capaz de garantizarla de un modo eficaz, ni tampoco impone a los D. internos formas y procedimientos concretos por los que se haya de reconocer en cada sistema jurídico esa superioridad normativa que el DI afirma.

Si en las formas federales es el D federal quien establece los modos y cauces de relación D federal−D. particulares. En la relación DI−D.internos, la situación es exactamente la inversa, son éstos últimos los que establecen los términos de esa relación.

Pero dicho esto, debemos añadir que las mutaciones más o menos profundas que sufren los sistemas constitucionales internos afectan esa relación, pero influyen también en ella los cambios que realiza la sociedad Int. y su D. P. ej. cuando un Estado fija las líneas de base necesarias para delimitar sus aguas jurisdiccionales, no sólo realiza actos de legislación interna, sino que adopta actos de significación Int. En ese sentido ejecuta o aplica reglas Int.

Salvo prueba en contrario, se presume en todo Estado moderno una disposición y apertura en su ordenamiento J. Interno a favor de la regla Int.

Sin embargo, las relaciones de las que ahora nos ocupamos son mucho más complejas. Se trata de una relación entre sistemas jurídicos interdependientes y a la vez independientes, en ella, el uno pretende ser un sistema superior pero los otros se presentan con la exigencia de ser soberanos.

- El poder del Estado como elemento dominante en esa relación.

La posición dominante que los Estados tienen en el proceso de creación normativa Int., la refuerzan al establecer los cauces por los que cada uno de ellos encamina la relación de su respectivo D con el orden jurídico Int. Pero eso sí, en el hecho mismo de esa relación que todos los Estados aceptan hay un cierto reconocimiento de la insuficiencia del sistema jurídico propio y de la superioridad del Int.

La apertura de un sistema jurídico Estatal hacia el orden Int. es un signo de democracia y perfeccionamiento de la idea del Estado de D, pero está condicionada de modo importante por su Constitución interna ya que es ésta quien establece los cauces de la relación entre el D. interno y el DI.

- Aspectos cambiantes de esa relación.

Si en el DI hay normas y no instituciones y en el D. interno hay instituciones y normas, en los últimos tiempos esa relación está cambiando, de manera que en el DI se ha iniciado un proceso de institucionalización con las OI.

La relación entre el Orden Int. y el interno se presenta así bajo cauces nuevos, normalmente en términos de cooperación de Administraciones diferentes, al margen de los filtros normativos establecidos en los cauces constitucionales.

También hay cambio en el orden interno, la ley se desprestigia como expresión máxima de la legalidad del Estado al igual que la actividad judicial ordinaria y la justicia constitucional. Todo ello se traduce en un creciente interés por la actividad del juez a efectos de la aplicación y eficacia de la regla Int en los sistemas jurídicos estatales y, en lo que respecta a la justicia constitucional, en la coordinación de la normatividad interna con la Int.

- FORMAS DE INSERCIÓN DE LA REGLA INT EN LOS D INTERNOS
- *Sentido de la remisión de las normas internas a la reglas Int.*

En el D Comparado podemos encontrar reglas como la del art. 25 de la LF de Bonn: Las reglas generales del DI forman parte del D de la Federación.

A esta regla de DI privado se le suele denominar también norma de remisión porque remite a otras. P. ej. construyamos : La capacidad de las partes en un contrato será regida por la ley nacional de cada contratante. Esto supondría que en un contrato entre un español y un francés sería aplicable la norma extranjera.

¿Se trataría de una incorporación de esa norma extranjera a nuestro sistema jurídico?. ¿Se trata de una mera designación de aplicabilidad?. Pues según se trate de una referencia a una norma concreta o al sistema jurídico en general tendríamos una incorporación de esa norma al sistema de remisión o tan sólo una designación del D aplicable.

En el DI privado la designación de la ley extranjera parte de la igualdad entre los distintos sistemas jurídicos. En la remisión de las reglas internas a las Int. hay un reconocimiento de la superioridad del DI sobre el interno lo cual no es obstáculo para que sea el sistema interno el que determine el rango de incorporación: Las reglas generales del DI tienen rango cuasiconstitucional en el D. alemán e infralegal ( Common Law) en el D. anglosajón.

Las dos posiciones básicas en las que están regla Int. y norma interna son: De complementariedad o de conflicto.

−− De conflicto cuando dos normas una int. y otra interna poseen contenidos contradictorios: Asunto Mortensen V. Peters.

−− De complementariedad es cuando el DI necesita del D. interno y se remite a él: Asunto Barcelona Tractión.

Aunque la remisión más frecuente es la del D interno al DI y se hace para integrar la norma int en el OJ interno. No obstante, el valor normativo de la regla Int. así integrada depende exclusivamente del D. interno y no del DI. con los siguientes matices en el supuesto de contradicción entre ambas normas:

- Cuando la norma interna admite diversas interpretaciones el juez elige aquella más conforme con la del DI.
- Si la contradicción es insalvable, el juez aplica la norma interna frente a la Int. salvo que en su D. interno esté expresamente autorizado a dar preferencia a la Int.
- *Formas de integración de las normas Int. en el D. interno.*
- Criterio de la transformación.

Las reglas Int. carecen de validez dentro de los sistemas jurídicos internos estatales. Para que la posean es necesario que se la preste un acto legislativo interno que suele consistir en una ley o decreto de ratificación.

La norma así transformada es una regla distinta a la Int. aunque su contenido material sea idéntico.

- Criterio de la incorporación.

El DI es recibido en el D. interno según el valor que cada sistema jurídico le quiera atribuir, pero conserva su propia identidad, de modo que su existencia modificación o extinción dependen del propio orden Int. y no del D. interno.

- Criterio de la ejecución.

De la misma manera que un reglamento que desarrolla una ley es ejecución de ley, así también el D. interno desarrolla las normas del DI.

Esta posición respeta al máximo el carácter de la norma Int. y el acto interno de ejecución le añade la fuerza de obligar en el ámbito jurisdiccional del Estado que la acoge.

- LAS RELACIONES EN EL SISTEMA JURÍDICO DEL REINO UNIDO.

Sus relaciones con el DI están regidas por dos principios básicos de D. Constitucional:

- Soberanía del Parlamento inglés en la Constitución o modificación de normas que afecten directamente a D. subjetivos de los ciudadanos.
- Competencia de la Corona (hoy Gobierno) en la conclusión de acuerdos Int.

    - D. Consuetudinario.

El principio básico es que las reglas generales del DI forman parte del D. del país y son aplicables en cuanto tales, siempre que no se opongan a una ley del Parlamento o a alguna decisión de un Tribunal supremo.

Dicha norma ha sido tradicionalmente interpretada como norma de incorporación, pero algunas decisiones judiciales permiten una interpretación desde la idea de la transformación; esto es, sólo tendrán tal condición las normas generales del DI que hubieren sido recibidas por un acto del Parlamento.

    - D. Convencional.

En la conclusión de TI, la Corona conserva su libertad de acción. Pero si un TI modifica D. y deberes de los particulares, afecta a las cargas públicas y sistema impositivo o exige modificación del Common Law o del D. escrito, necesita aprobación parlamentaria antes de ser ratificado por el Gobierno.

En el caso de conflicto entre un TI y una ley posterior del Parlamento, prevalecerá ésta.

- LA RELACIONES EN EL SISTEMA JURÍDICO DE EE.UU.

El art. 6.2 de la Constitución dice: Esta Constitución y las leyes de los EE.UU que la desarrollen, así como los TI que hayan sido concluidos o que se concluyan por el Presidente, serán ley suprema del país.

La condición de ley suprema del país, que se garantiza al TI, no puede ser entendida en el sentido de una Costitucionalización del TI; se le equipara a las leyes federales, respecto de las cuales se sitúa en la relación de ley posterior.

La superior jerarquía que se la atribuye, lo es respecto de la legislación de los Estados miembros.

Si bien es cierto que el Congreso no puede invadir el dominio reservado de los Estados miembros y que la ley que lo hiciere sería inconstitucional, no ocurre así con el TI concluido por el Gobierno con la autorización del Senado. Por la vía de los Poderes implícitos el TS entendió que el Gobierno federal tenía plena capacidad para concluir tales acuerdos aunque estos afectasen a materias que la Constitución había reservado a los

parlamentos de los Estados.

Nada impide que en los TI pueda haber cláusulas self−executing susceptibles de ser aplicadas por los jueces aunque modifiquen D. y deberes subjetivos.

- LAS RELACIONES EN FRANCIA.

Notas esenciales.

- La relación DI−D francés ha estado tradicionalmente dominada por el principio de la separación de poderes.
- La ley como expresión de la soberanía popular.
- El TI posee una alta significación como fuente del D. sobre todo a partir de la decisión del Consejo de Estado en el Asunto Nicolo, que reconoció ( de conformidad con el art. 55 CF) el valor superior del TI sobre la ley interna francesa.

*A) El D. Constitucional.*

El art. 55 CF dice: Los tratados regularmente ratificados, poseen desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva de su aplicación por la otra parte.

La publicación oficial interna francesa es el acto de recepción de la norma convencional en el D francés. Se le confiere un valor superior al de la ley interna.

A destacar la exigencia de la reciprocidad, con acierto, porque la norma convencional aunque incorporada sigue siendo regla Int. y no interna.

*B ) Soluciones jurisprudenciales.*

- D Int. no escrito. ¿Cuál es su alcance?.

El Conseil Constitucional ha rechazado los argumentos fundados en normas Int. no escritas en las dos ocasiones en que se ha pronunciado en este aspecto, los Tribunales ordinarios los han usado ocasionalmente y el Consejo de Estado se ha negado ha tenerlos en consideración.

Aunque estas reticencias parece que se han ido eliminando después del procedimiento del C. Constitucional en 1992 sobre la Constitucionalidad del T. de Maastricht.

- D. Convencional.
- <u>Su aplicabilidad depende de</u>:

La publicación, de la reciprocidad y del carácter self−executing de la regla Int.

  - La publicación, como condición necesaria para que un particular pueda alegar una cláusula de un TI, ha de hacerse en el Journal officiel o en su defecto en una publicación oficial de una OI de la que Francia sea miembro.

  - La reciprocidad: Es absurdo que un Estado siga Considerando vinculante en el plano interno disposiciones de un TI que ha sido derogado, extinguido o modificado en el plano Int. La reciprocidad que tiene pleno sentido en el ámbito bilateral, se adapta mal a los acuerdos multilaterales.

Otra dificultad es el alcance de la reciprocidad. El incumplimiento por parte de A de una obligación X,

pactada con B ¿Justifica la inaplicación por parte de B del tratado Z también pactado entre ambos?.

- Tratados self−executing: La mera publicación garantiza en el D. francés la integración en el sistema jurídico interno. Pero es necesario también que la norma sea apta para establecer D. y obligaciones en los particulares.

2) La Interpretación. El juez francés es reticente a interferirse en el ámbito de la política exterior, que él considera de Poder ejecutivo.

- La relación D. Convencional−ley interna.

  - En relación con los actos advos. , el TI puede proporcionarles la base legal que necesitan para ser regulares.

  - En relación con las leyes, se aplica el principio de la *lex posterior* en caso de incompatibilidades.

- *Función del Consejo Constitucional.*

Ejerce un control preventivo de constitucionalidad a través del art. 54 CF: Si el C Cont... declara que un TI es contrario a la Constitución, la autorización para ratificarlo o aprobarlo no podrá ser dada sin previa reforma de la Cont.

Una segunda vía de control de Constitucionalidad es la del art.61 que autoriza la ratificación mediante Decreto−ley. En un principio se penso para la Constitucionalidad de las leyes pero el C. Const. la ha ampliado a los TI.

- Fijación del alcance normativo del art. 55 de la Conts. F.

El C. Const. dice del supuesto valor normativo superior del TI según el art. 55, que la validez de éste es a la vez relativa y contingente frente al carácter absoluto y no condicionado de los preceptos constitucionales. Por lo tanto considera al TI inferior a la Constitución aunque superior a la ley. Pero sugiere otras vías, que no sean las del recurso Constitucional para garantizar la superior jerarquía del TI.

- Aportaciones del Conseil Cont. con ocasión de la ratificación de los T. Constitutivos de la UE.

Art. 54: La norma que debe ser adaptada es la Const. y no la convencional internacional.

La consecuencia de la no−adaptación sería la no−ratificación.

- REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA
- Derecho Constitucional:

El art. 23 dice. En la consecución de una Europa unida la RFA... puede, mediante ley, transferir D de soberanía con la aprobación del Consejo Federal.

En los asuntos relativos a la UE intervienen conjuntamente el Parlamento y los Länder.

El art. 24: La federación puede transferir por ley D de soberanía a instituciones Int.

Los Länder pueden, con la aprobación del Gobierno federal, transferir soberanía a instituciones Int.

El art. 25: Las reglas generales del DI son parte integrante del D. federal. Prevalecen sobre las leyes y crean

de modo directo D. y deberes en los ciudadanos.

- Reglas generales del DI.

Por tales se entienden aquellas que hayan sido aceptadas como obligatorias por la mayoría de los Estados de la comunidad Int., sin que sea necesaria una expresa aceptación por parte de la RFA; basta con que no se haya opuesto.

El texto Const. las declara parte integrante del D federal confiriéndoles rango de normas constitucionales y afirma que crean D y deberes en los habitantes de la federación.

  - Integración: Cuando una norma de DI se afirma que ha sido integrada en el sistema interno de un Estado, ello equivale a decir que dicha norma adquiere en él plena vigencia o eficacia.

  - La aplicabilidad ( efecto directo) se predica respecto de la condición que una norma cualquiera tenga para establecer de modo directo e inmediato D. y deberes a las personas individuales.

El texto del art. 25 diferencia ambas nociones: La incorporación vincula a los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones. La capacidad de generar D. y deberes individuales no depende ya del texto constitucional, sino de la idoneidad de la regla Int. la integración y validez es condición necesaria pero no suficiente por tanto.

El art. 25 de la ley F. De Bonn precisa que las normas Int. prevalecen sobre las leyes federales, pero no sobre la Constitución.

- Reglas convencionales.

Art. 59.2: Se exige participación parlamentaria para la conclusión de TI que afecten las relaciones políticas de la federación o a cuestiones que son competencia legislativa federal.

Relaciones políticas o acuerdos políticos son los que afectan la integridad territorial, su independencia, situación e influencia en la comunidad Int., e incluso a la propia existencia del Estado.

Las cuestiones de competencia legislativa federal son las que crean, modifican o extinguen D. y deberes de los ciudadanos.

La ley de ratificación da al TI jerarquía de ley federal ordinaria sometida al principio de la ley posterior. El art. 25 sólo confiere rango superior a las normas generales pero como reglas consuetudinarias no como convencionales.

- El ordenamiento jurídico Alemán y el D. Comunitario.

La disposición del 24.1 LF tiene el mérito de ser la regla Constitucional de todos los Estados miembros de la UE que más claramente se decantó en favor de las instituciones y D. Comunitario.

A destacar la participación de los Länder, a través del Bundesrat, en el proceso de formación de la voluntad interna para llevar a cabo esas transferencias, que junto con la labor del Bundestag o Parlamento y la del Gobierno federal hacen que la función integradora sea competencia de distintos órganos y no sólo del poder ejecutivo.

La conclusión de un TI ha sido tradicionalmente obra de los Gobiernos y de los Parlamentos a efectos de control. Pero los Tratados Constitutivos comunitarios no son TI ordinarios, puesto que afectan directamente a

los sistemas jurídicos nacionales; de aquí la necesidad de la participación de los diferentes órganos para quedar obligados:

- Si la normativa afecta intereses de los Länder, el Gobierno federal esta obligado a consultar al Bundesrat.
- Si afectare competencias legislativas de la Länder o a su organización adv. se habrá de tener en cuenta de modo primordial la posición del Bundesrat.
- Si afectare competencias exclusivas de los Länder, será un representante de estos quien represente a la RFA.

Por lo que respecta a la competencia invasora del D. comunitario sobre el interno, el TC federal dijo: Si las instituciones comunitarias llegaran a aplicar o a interpretar el Tratado de la unión de modo no previsto por el texto, los actos jurídicos no tendrían efecto vinculante en el ámbito jurisdiccional alemán. Y los órganos constitucionales se verían en la imposibilidad de aplicarlos.

**TEMA V**

**LAS RELACIONES ENTRE EL DI Y EL D ESPAÑOL**

- ANTECEDENTES HITÓRICOS

La evolución del sistema constitucional español marca desde 1812 hasta ahora un creciente movimiento de limitación de la competencia del jefe del Estado en la política exterior de la nación.

La constitución republicana de 1931 instauró una nueva fase tanto por el procedimiento de ajuste y conclusión de TI como por el control de la política exterior.

Las notas principales son:

- Reconocimiento de las reglas generales del DI como normas del D. español.
- En caso de oposición entre la legislación interna y un TI ratificado, el Gobierno tenía la obligación de representar en plazo breve el proyecto de ley que acomodará la normativa interna al TI, tras lo cual no podría dictarse ley alguna en contradicción con dicho acuerdo sin la denuncia previa de éste.
- Apertura del D. español hacia las OI. El parlamento compartía la competencia Int. que residía en el Poder ejecutivo.

- EL MARCO CONSTITUCIONAL ACTUAL

La CE vigente refuerza la evolución comenzada por la CE de 1931.

Destaquemos:

- El reforzamiento del control parlamentario en la conclusión de acuerdos Int. ensanchando el nº de casos sometidos a su autorización previa e imponiendo al Gobierno el deber de informar a las Cortes inmediatamente de los que no requieran tal autorización.

- La adecuación de la normativa interna a la Int. queda garantizada por una doble vía:

- Ordinaria: El art. 96 CE garantiza, mediante la publicación, la incorporación automática al sistema jurídico interno de los TI validamente concertados, así como su inderogabilidad por legislación interna posterior mientras subsista la obligación convencional Int.
- Extraordinaria: art.93, Cuando el TI sea vehículo de transferencia de competencias derivadas de la CE en favor de una OI. la necesaria autorización parlamentaria deberá ser prestada mediante ley Orgánica.

- Como elementos negativos hemos de señalar:

- Lamentable supresión de la referencia a las normas generales del DI, que contenía el borrador de la CE, como parte integrante del sistema jurídico español.
- La falta de claridad en que está, en la CE, la articulación de la competencia del jefe del Estado en la representación exterior.
- LA EXCLUSIÓN DE LAS NORMAS GENERALES DEL DI

En el borrador del texto Constitucional se hacía referencia a las normas generales del DI, que tendrían, fuerza de ley en el ordenamiento interno. Pero esto desapareció en el Anteproyecto publicado por las Cortes.

Fue una equivocación porque el valor de esas reglas no esta sólo en configurar con la ayuda del D. Constitucional D. y deberes individuales de modo directo e inmediato, sino también en imponer determinados comportamientos a los órganos del Estado.

La recepción de tales normas hubiera contribuido a corregir el solipsismo jurídico, arraigado en determinados ámbitos de nuestra acción.

Si bien es verdad que la recepción también puede hacerse por cauces no constituciones en las que las normas generales del DI son base de decisiones importantes, en nuestro D su uso es más bien escaso.

- CONCLUSIÓN DE TI

Hay tres momentos claves en la conclusión de acuerdos Int:

La negociación, la ratificación y la integración, y la aplicación en el D. interno.

- *La Negociación*

La facultad de negación desde el punto de vista del DI es una manifestación del poder de representación y, desde el D Constitucional interno, es ejercicio de las competencias atribuidas por la CE en materia de política exterior a determinados órganos.

De los arts. 97, 98 y 149.1 se deduce que corresponde al Gobierno y, en particular, a su Presidente la dirección de la política interior e Int.

Por lo que las funciones del jefe del Estado en política exterior han quedado relegadas a un plano formal de representación sin intervención institucional activa.

De otro lado el art. 56 CE le atribuye  La más alta representación del Estado español en las relaciones Int. y el art. 63 CE La manifestación del consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados.

Cualquiera que sea el contenido de la prerrogativa real, la CE actual ha introducido un cambio sustancial en su competencia de política exterior.

- *La ratificación*

La participación del Parlamento en el proceso de formación de la voluntad orgánica del Estado español para obligarse por tratado, ha contribuido a afianzar el error de hacer creer que la ratificación sea un acto del Parlamento cuando es y seguirá siendo un acto de política exterior y, por tanto, del Gobierno.

Pero según sea el grado de esa participación podemos distinguir tres supuestos:

- Tratados por el que se atribuye a una OI competencias derivadas de la CE. En ellos la necesaria autorización para ratificar ha de prestarla las Cortes en forma de ley orgánica. El criterio aquí es formal o de competencia, y no material o de contenido del tratado.
- Tratados de carácter político, militar, que afectan a la integridad del Estado o a D y deberes fundamentales, los que imponen cargas a la Hacienda P., los que supongan modificación o derogación de ley o su ejecución necesita medidas legislativas, requieran autorización previa de las Cortes. El Criterio es material.
- Fuera de estos dos casos, el Gobierno puede, ajustar el TI con la obligación de comunicarlo inmediatamente a las Cortes. Se trata de acuerdos administrativos.

La participación del Parlamento en el proceso de conclusión de TI responde a la técnica del act−condicción y sus efectos serán apreciados de modo diferente según que el problema se sitúe en el plano del DI o del D. interno:

- Desde el plano del DI, el TI no estaría regularmente concluido si la ratificación se llevara a cabo sin la preceptiva aprobación parlamentaria. Aunque dicha ratificación irregular sería, tan sólo, un caso típico más de ratificación imperfecta que muy excepcionalmente llevan a la nulidad jurídico−Int. del TI.
- Desde el plano del D interno la no−autorización parlamentaria supondría una irregularidad que el TC tacharía de inconstitucional.

- *La manifestación del consentimiento*

Art. 63.2: Corresponde al Rey manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratado. Cualquiera que sea el instrumento o modo de manifestación de esa voluntad es a la Corona a quien corresponde exteriorizarlo.

Al Gobierno le corresponde dirigir la política interior y exterior del Estado (art. 97) y al Rey, la más alta representación del Estado en las relaciones Int. (art.56) así como la manifestación del consentimiento para obligarse Internacionalmente (art.63.2).

El art. 56.3 exige el refrendo ministerial sobre los actos del Rey con lo cual la sanción real se vacía de contenido lo cual es conforme con el principio de la monarquía constitucional de el Rey reina, pero no gobierna. Sin embargo, interpretar esta exigencia como un instrumento de imposición del Gobierno sobre la Corona no parece conforme con el principio de ejercicio armónico de esta competencia.

- PUBLICACIÓN DE LOS TRATADOS

En el DI no existe regla alguna que condicione la validez de un acuerdo Int. a su publicación. En cambio, son los D internos los que suelen condicionar con la publicación el efecto normativo de estos acuerdos en sus sistemas jurídicos.

Las normas que en nuestro Ord. Jurídico regulan este asunto son tres:

- *La del Art. 29 del D. de 24 de Marzo de 1972.*

Se limita a establecer una obligación genérica de publicación en el BOE de los tratados en los que España sea parte. Aunque sin determinar el sujeto sobre el que recae tal obligación.

- *La del art. 1.5 CC*

Que declara que las normas contenidas en los TI no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del Ordenamiento interno mediante su publicación integra en el BOE.

- *La del art. 96 CE.*

Dice que los TI validamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formaran parte del ordenamiento interno.

En el ámbito Int. los acuerdos producen obligación desde el momento en que el consentimiento de las partes ha sido manifiesto válidamente. Pero esta misma obligación, para que sea integra en el D. interno requiere de un acto posterior. Y aquí empiezan los conflictos. ¿basta la mera publicación?.

Problema subsiguiente... la aplicación:

- Es condición de la aplicabilidad interna de un TI su entrada en vigor. Es decir, no es aplicable si no ha entrado en vigor y no ha entrado en vigor si no ha alcanzado el suficiente número de ratificaciones cuando es multilateral y lo mismo si la otra parte no lo ha ratificado si es bilateral.
- La reciprocidad, aunque no sea una exigencia constitucional, España no tiene porque aplicar un TI si consta que el otro no lo aplica.
- Las reservas, mediante las cuales algunos Estados modifican unilateralmente los contenidos de un TI. Sería un contrasentido la aplicación en España sin tener en cuenta los D. y deberes de los reservantes.

En definitiva, la aplicabilidad dependerá de la idoneidad que los TI tengan para crear D. y deberes en los particulares.

Es aquí donde se sitúa la exigencia de la publicación, que plantea dos cuestiones:

- *A quien incumbe la obligación de publicar.*

En la CE no hay precepto alguno del que pueda derivarse para el Gobierno la obligación de publicar. Es más, en nuestro D. no hay medios para que un particular pueda exigir a la Administración la publicación de un TI por entender que le beneficia.

- *Cuales son los efectos y alcance de la publicación.*

Es manifiesto que la exigencia de estar publicado en España no equivale a la de haber sido publicado en el BOE. Hoy sean o no publicados en España, vinculan y son aplicables TI publicados en el DOCE. En España están publicados, aunque no lo estuvieren en el BOE, los que pudieren aparecer en cualquiera de los Boletines y Diarios Oficiales de las C. Autónomas.

Discrepa el art. 96 CE que admite la incorporación al ordenamiento interno de los TI validamente celebrados y publicados en España y el art. 1.5 CC que declara que las normas de un TI no serán de aplicación directa con España en tanto no hayan pasado a formar parte mediante su publicación. Pero presentan una coincidencia básica: la publicación del acuerdo integra sus normas en el sistema jurídico español. Para las normas internas la publicación es condición necesaria de su existencia, para las Int. lo es sólo de su aplicación o de su integración en el sistema jurídico español.

Podemos concluir diciendo que, aunque los textos mencionados sigan manteniendo la necesidad de la publicación en España para que las normas de un TI se integren en el D español esta tesis es inactual respecto del D. comunitario europeo. Ya que todos los acuerdos concertados por la Comunidad o por los Estados miembros son directamente aplicables en España sin necesidad alguna de publicación en nuestro país.

En lo que la publicación de las normas tiene de garantía para el particular, las normas Int. convencionales no publicadas no le serán aplicadas en su perjuicio, pero, en cambio, si pueden ser aplicadas en su beneficio a instancia de parte.

- RANGO NORMATIVO DE LOS TRATADOS

Una opinión doctrinal bastante extendida atribuye a los TI una jerarquía superior a la de las leyes internas, tal opinión no parece tener apoyaturas sólidas.

En principio se impone una observación de sentido común. Si la CE hubiera tenido el deseo de garantizar el valor superior del TI sobre la ley, lo hubiera dicho lisa y llanamente; más aún, hubiera retenido el texto del Borrador, que así lo afirmaba. Lo único que garantiza el art. 96 CE es la permanencia de las normas de los TI frente a la ley contraria posterior mientras la obligación Int. contraida por el Estado siga subsistiendo.

Sería inconstitucional el acto normativo que fuese contrario a lo dispuesto en TI ratificados e integrados en el D. español, pero no por eso el TI adquiere una superior categoría sobre el precepto legal interno. La que si adquiere dimensión constitucional es la garantía de la inderogabilidad del TI por la acción del legislador posterior y contraria. Y es pensable un recurso de inconstitucionalidad en caso de que dicha garantía no fuera respetada.

Con ello, indirectamente, se garantiza la aplicación preferente de las normas de los TI sobre las leyes internas más generales pero no su superior jerarquía.

Nuestro TS ha otorgado siempre aplicación preferente a los TI frente a las leyes internas españolas. Pero siempre sin declarar la superioridad normativa del TI, tan sólo la inaplicabilidad del D. interno contrario a la obligación Int.

El TC afirma: Ningún TI recibe del art. 96 CE más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno, de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelta por el TC, sino que como puro problema de selección del D. aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios que conozcan. En suma, la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

En suma no hay nada en nuestro D que le garantice al TI un valor superior a la ley interna. Lo que si le garantiza, de una parte, es la aplicación preferente respecto de normas legales ordinarias por el mero principio de la ley especial, y de otra, su inderogabilidad por leyes posteriores contrarias.

Por tanto, la elección entre una norma convencional Int. y la concurrente norma legal interna es un problema de selección del D. aplicable al caso concreto... cuya resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan.

- PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TI

Estos problemas admiten dos vías de recursos: La declaración de inconstitucionalidad y el recurso previo de inconstitucionalidad.

- *La declaración de inconstitucionalidad.*

La inconstitucionalidad de un TI puede ser: Formal y Material.

- FORMAL

Tendrá su fundamento en el incumplimiento de aquellas exigencias constitucionales que presuntamente hayan sido vulneradas en el proceso de conclusión de dicho acuerdo.

  - Un primer punto sería averiguar si la presunta infracción de una regla Int. o comunitaría por disposición contraria legal española constituye infracción del art. 93 CE y, si por tanto, habrá lugar a declarar la inconstitucionalidad de dicha regla interna. El TC responde que... no quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entrañe necesariamente una conculcación del art. 93 CE...

  - Un segundo punto es el de los arts. 93 y 94 CE. Uno de ellos requiere que la autorización parlamentaria sea por ley orgánica el otro por mero acuerdo de las Cortes. ¿Por donde trazar la línea de separación de ambos supuestos?. ¿Quién decide la vía por la que debería encaminarse una u otra autorización, el Gobierno que solicita o las Cortes que conceden?.

Parece razonable que debería ser el TC quien resuelva.

  - Un tercer punto. ¿Puede cualquier TI transferir no importa que competencias a favor de instituciones u OI?. ¿Habrá que distinguir entre competencias transferibles e intransferibles?. ¿Quiénes están habilitados para ello?

Sin duda, la exigencia de ley orgánica refuerza la garantía democrática de la autorización parlamentaria, aunque ni esto es suficiente si en la transferencia se están afectando contenidos esenciales de la Constitución. Tal reforma Constitucional habrá que hacerla por los procedimientos especiales de los arts. 167 y 168 CE.

- MATERIAL

Es la eventual declaración de inconstitucionalidad material de una norma convencional, como consecuencia de la preeminencia de la CE sobre el valor normativo del TI que es considerado como ley.

Se podrá hacer valor por tres vías de recurso:

- Ordinario de inconstitucionalidad desde el momento de su publicación y durante tres meses.
- La cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces y tribunales.
- La del recurso de amparo del art. 41 LOTC.
- *El recurso previo de inconstitucionalidad.*

Respecto de tratados en trámite de ratificación, el art. 95 CE dice que un TI que contenga estipulaciones contrarias a la CE exigirá la previa revisión constitucional.

Este precepto se sitúa en el supuesto de inconstitucionalidad material o de contenido cuando la obligación Int. vaya en contra de principios constitucionales. Por lo que el art. 95 CE exige que antes de ratificar el TI, se realice la reforma constitucional correspondiente con el fin de armonizar el orden jurídico interno con el internacional.

Claro esta que los problemas que contempla dicho art. 95 no son los de un TI de importancia menor que se solucionarían pura y simplemente prescindiendo de la ratificación o modificando dicho TI para adaptarlo a la CE. Si se plantea la revisión Constitucional es porque dicho acuerdo Int va a conmover los fundamentos mismos de esa constitución y este no es problema que pueda ser afrontado desde la legalidad Constituida.

- LIMITES CONSTITUCIONALES EN LA LIBERTAD DE CONCLUSIÓN DE TI

Estos son campo de convergencia de normas Int. y normas internas.

Por lo que respecta a las Int. un ejemplo es el de los Estados permanentemente neutrales a los que el DI les veda formar parte de OI incompatibles con su estatuto de neutralidad.

Por lo que respecta a las Constitucionales, la CE postula que en ella se incluya la conducta de esos poderes en la ordenación de su acción exterior. Las principales referencias se concretan en el art. 10.2 relativo a la protección de los D. Fundamentales y los que contiene el art.13.

- La norma del art. 10.2 CE.

Las normas relativas a los D. Fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretaran de conformidad con la DUDH y los tratados y acuerdos Int. sobre las mismas materias ratificados por España.

Se trata, pues, de fijar un criterio interpretativo a favor de los D. fundamentales y libertades que la CE garantiza en el sentido favorable que estos tienen en la DUDH y los tratados que España haya ratificado sobre las mismas materias.

- Derecho de extranjería del art.13 CE

Bajo la reserva de ley y de los TI, al extranjero, el art. 13 CE le garantiza el goce de las libertades públicas con exclusión del D. de participar directamente en la vida política o el acceso a los cargos y funciones públicas, salvo lo que atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

Primer problema: ¿Qué deberá entenderse por Libertades públicas?.

Nuestra Constitución no diferencia, en contra del D. comparado, entre D. fundamentales del Hombre Y D.F. del ciudadano.

No debemos dejarnos confundir por la frase: Salvo lo que pueda establecerse por tratado o ley. Esta reserva no puede ser interpretada en el sentido de que en última instancia dependería de esta reglamentación el D. de extranjería en nuestro país.

- Asilo territorial.

La situación jurídico−Int. es aquí diferente a la del D. de extranjería, mientras que por el DI todos los Estados están obligados a garantizar un mínimo standard respecto de extranjeros residentes en su territorio, no hay norma de DI que imponga a los Estados la obligación de asilar a extranjeros.

Existe, eso si, una práctica generalizada de concesión animada, no sólo por razones humanitarias, sino también por intereses egoístas de los Estados.

El legislador ordinario, al regular el asilo territorial, ejecuta un mandato constitucional y una obligación Int. paccionada y libremente aceptada por España, pero no una obligación del DI como en el caso de la extranjería.

Es de observar que el art. 13.4 reconoce a los extranjeros el D. a solicitar el asilo, pero no el D. al asilo en cuanto tal. Y los posibles recursos contra la revocación del asilo son actos de D. público subjetivo, que en ningún caso podrán ser considerados como de DI.

- El régimen de la extradición

El art. 13.3 dice: La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un TI o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.

La extradición, activa y pasiva, deberá ser concedida en virtud de ley o tratado, es decir, de un instrumento legal que la fundamente.

La exigencia constitucional exigirá que se matice el alcance de la noción de delito político como excepción a la regla de entrega y del delito de terrorismo como excepción a la excepción. Y los delitos conexos de los que el texto nada dice. ¿Son los atentados delitos políticos o de terrorismo?.

El texto tampoco menciona la práctica tan arraigada en el D. español de la no entrega de los propios nacionales. Es posible que sea para no obstaculizar una posible evolución futura del D. de extranjería que tiende a dulcificar su rigor, al menos cuando la competencia del Estado reclamante aparezca sólidamente fundada.

**TERCERA PARTE**

**EL PROCESO DE CREACIÓN NORMATIVA EN EL DI: TEORIA DE LAS FUENTES**

**TEMA VI**

**EL CONSENTIMIENTO COMO BASE DE LA FORMACIÓN DE LA REGLA INTERNACIONAL. PRINCIPIOS DEL DI.**

- CUESTIONES PRELIMINARES.

La posición de los Estados en el DI, actuando a la vez como sujetos activos en la creación de normas cuyos destinatarios son ellos mismos, está en dependencia con el carácter anárquico de esta comunidad Int., que siendo altamente descentralizada, las formas autoritarias de formación del D son en ella una verdadera excepción. El pacto y, por consiguiente, el TI, es el instrumento idóneo para la regulación de relaciones entre soberanías insolidarias.

Aunque la sociedad humana ha tenido siempre, en cuanto comunidad, un componente superador de egoísmos particularistas. Es en este plano donde aparece la costumbre como vía de creación de esas reglas básicas de convivencia.

Se perfila así la coexistencia de dos grandes grupos de reglas, las convencionales y las consuetudinarias.

- EL ART.38 DEL ESTATUTO DEL TIJ

No existe norma alguna int. que establezca de modo vinculante y con valor general cuales son las fuentes del DI.

Y no existiendo un principio general de jurisdicción obligatoria en el orden Int., todo órgano judicial Int. tiene, como presupuesto de su actividad, el sometimiento previo a su jurisdicción de los Estados cuyas diferencias él ha de resolver.

El sentido originario del art.38 no fue el de establecer las fuentes del DI, sino el de garantizar a los Estados que se sometieran a su jurisdicción que el D. a aplicar sería ese y no otro:

Normas convencionales (generales o particulares) que las partes litigantes hayan expresamente reconocido, las

consuetudinarias establecidas por el uso y los principios generales del D.

Sólo un acuerdo expreso entre las partes permitirá al TIJ, juzgar *ex aequo et bono*; es decir prescindir del D establecido y resolver según criterios de equidad.

En el orden que coloca el art. 38 las normas aplicables no hay que ver orden alguno de prelación ni por razón de jerarquía ni aún siquiera en el de la aplicación preferente. Ni la costumbre ni los principios generales son, por relación a los tratados, fuentes subsidiarias.

- EL CONSENTIMIENTO COMO BASE DE LA REGLA INTERNACIONAL

En las culturas modernas es de aceptación generalizada que el D. positivo que una determinada comunidad respeta y tiene por vinculante se funda en el consentimiento generalizado de esa comunidad. Dicho consentimiento está presente en la formación de la regla positiva, en relación directa con su sistema de fuentes; esto es, el consentimiento se inserta en los procedimientos de creación de normas jurídico−Int.

Las dos fuentes del DI, la costumbre y el tratado, lo son como expresiones distintas pero coincidentes en el fondo, del consentimiento de los Estados obligados. Tal consentimiento se expresa de un modo más o menos formalizado en el tratado, o de manera más difusa en la regla consuetudinaria o principios generales del D. Y esto a su vez es una consecuencia de la independencia e igualdad de los Estados.

Todavía es más fuerte la exigencia del consentimiento previo como base de la constitución de la obligación Int. de sumisión a Juez o árbitro.

Pero este consesualismo riguroso está siendo hoy modificado de modos diferentes, aunque sin afectarlo en su sustancia:

- *Nuevas formas de contratación Int. La disociación firma−ratificación.*

La expresión más acabada del consensualismo es el acuerdo bilateral, donde firma y ratificación constituían entonces dos momentos de un mismo proceso.

Pero desde que se supera la estricta relación bilateral y se introducen los modos de negación multilateral, se modifica esa posición inicial disociándose dos momentos en la conclusión de los TI: el de la firma y el de la ratificación.

El principio de separación de poderes cambia, pues, la significación de la firma y la ratificación. El poder ejecutivo conserva la competencia del poder exterior del Estado, pero el compromiso final por el que el Estado se obliga no depende ya sólo de él, sino del Parlamento que en los casos más importantes le ha de otorgar una autorización previa.

La ratificación no es sólo la mera confirmación de lo acordado, sino que incluye también la autorización que el poder ejecutivo necesita para poder ratificar.

- *La acción de las Organizaciones. El procedimiento del consenso.*

Una vez más han sido las OI quienes han introducido y generalizado una práctica que tiende a flexibilizar las formas de prestación del consentimiento.

Al igual que en la formación de la costumbre Int. el consentimiento se asienta, no tanto en la adhesión como en la pasividad y no−oposición a la práctica que establecen algunos de los Estados. Así también el consenso puede ser entendido no en términos de voto positivo, sino de no−oposición.

El consenso, al igual que la costumbre combina silencios y asentimientos e introduce la técnica de la negociación y consulta diplomática.

Las ventajas del procedimiento del consenso consisten en no obligar a los Estados a adaptar posiciones claras, como exige la votación formal, permitiendo superar el estadio de la confrontación para pasar a la concertación, puesto que la aprobación por consenso no cambia sustancialmente la decisión que debía ser tomada por votación formal.

Los inconvenientes son el reverso de lo que inicialmente se presenta como ventaja. Porque el procedimiento de consenso es expresión de un mundo profundamente escindido. En la fase final de la consulta y concertación son los jefes de fila de los grupos de Estados con intereses enfrentados quienes deciden las formulas a consensuar. Al eludir el debate abierto, se elimina el efecto clasificador que éste tiene.

- LOS PRINCIPIOS DEL DI

En el DI, el consensualismo permite afirmar que las obligaciones Int. son nacidas en principio *ex contractum* y no *ex lege*. Las normas Int. fueron tradicionalmente entendidas como reglas positivas que tenían su origen o bien en la costumbre o bien en el tratado y por tanto en el consentimiento de los Estados.

En la sentencia del caso lotus, el tribunal se negó a interpretar la expresión  principios generales del DI de otra forma que no fueran asimilados a reglas positivas; esto es, consuetudinarias o convencionales.

Pero desde entonces ha habido una evolución. El TIJ, después de 1945, en reiteradas ocasiones ha orientado su jurisprudencia en otra dirección. En su opinión consultiva sobre la admisibilidad de determinadas reservas interpuestas a la Convención para la represión de los delitos de genocidio, y precisamente para marcar la naturaleza vinculante de determinadas normas al margen de todo acuerdo, que la dicha convención, no obstante, había recogido en su articulado, hizo el pronunciamiento siguiente:

Los principios que están en la base de la convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados, incluso al margen de todo lazo convencional.

En el DI moderno subsiste el consentimiento como fuente inmediata de la norma Int. pero se percibe hoy una cierta reacción frente a él.

El problema adquiere perfiles iusfilosóficos: Si el DI se fundara exclusivamente en la voluntad humana, no podría haber regla objetiva; su existencia dependería de la aceptación o el pacto. Por el contrario, aunque el DI siga teniendo a la voluntad como base de la norma positiva, si una parte de ese D. se sustrae a la voluntad de los Estados será posible entenderlo como regla objetiva. Normas consuetudinarias y PG. Del D. pueden ser entendidas como formando parte de ese D. supraconsensual y manifestándose como D. necesario.

P. ej. La buena fe es norma consuetudinaria y, a la vez, un P.G. del D. ¿Acaso sería posible un sistema jurídico basado en el principio contrario de la mala fe aunque se asentara en el consentimiento generalizado?. El TIJ dice hoy que no.

Pero de todas formas hay dudas entre los principios ético−morales y los que configuran la Constitución del DI y son reglas de D. positivo: En el Asunto del sudoeste africano el TIJ dijo:  Se ha dejado entender que consideraciones de humanidad bastarían para dar lugar al nacimiento de D. y obligaciones jurídicas. La Corte no lo cree así. La Corte juzga según D., y no puede tomar en cuenta principios morales más que cuando se les haya dado forma jurídica bastante....

El tribunal se abstuvo de concretar el procedimiento por el que los principios morales adquieren forma jurídica bastante para ser susceptibles de aplicación como reglas jurídicas positivas.

A semejanza del D. constitucional en el cual conviven normas fundamentales relativas a la estructura orgánica del Estado, p. ej. El principio de la separación de poderes, con normas sustantivas como la igualdad de todos los hombres ante la ley; en el orden jurídico Int. puede haber junto a principios de carácter formal, otros de naturaleza sustantiva como el de la coexistencia y cooperación.

Entre las reglas básicas de ese D. suprapositivo en un sistema constitucional moderno se suele distinguir entre principios que han recibido consagración constitucional y los que no la han conseguido, por un lado y por otro los de carácter formal que dependen de la propia estructura de ese sistema jurídico−positivo.

Al primer grupo pertenecen los principios que están tan directamente conectados con la estructura intima del ser humano que fácilmente se transforman en principios de conducta: principio de la buena fe o del cumplimiento de lo pactado.

Los del segundo grupo probablemente no necesitan ese grado de positivación. El D. no puede ponerse en flagrante contradicción consigo mismo.

Asunto Palmas: La soberanía territorial no sólo confiere D., es también fuente de obligaciones jurídico−Int de las cuales, los Estados no pueden exonerarse mediante pacto.

**TEMA VII**

**LA COSTUMBRE INTERNACIONAL**

- NOCIÓN DE COSTUMBRE INT: SUS ELEMENTOS

La regla consuetudinaria surge del consentimiento de los sujetos directamente obligados por ella. Es fuente autónoma, sin sujeción a las fuentes escritas.

En el sistema jurídico Int. no se impone la regla escrita a la no−escrita como ocurre en el D estatal. Coinciden, en cambio, en el carácter relativamente pacifico de su proceso de formación.

Su carácter flexible y evolutivo lo hace especialmente apta para acomodarse a las mutaciones estructurales que la sociedad Int. realiza, siempre que estos cambios no se produzcan de modo brusco o acelerado.

- *Elementos*

Una norma consuetudinaria se establece a través de una cadena de actos de determinada condición que reciben el nombre de precedentes. Un solo acto es precedente cuando contenga:

- El elemento material o de repetición.
- El elemento espiritual o de convicción.

Y sólo cuando se dan ambos de modo inescindible en esa cadena de actos, tomados como precedentes y generadores de una regla se puede hablar de regla consuetudinaria.

- El elemento material o de repetición

La primera condición es que sean imputables a un Estado. Aunque recientemente se están considerando también los de las OI.

Se han de considerar, a efectos de creación de costumbre, no sólo los actos externos como los de conclusión de tratados o los de reconocimiento de nuevos sujetos, etc. Sino también los que van dirigidos a producir

efectos internos: actos legislativos, advos o judiciales siempre que tengan relación con situaciones Int. podemos destacar las sentencias del TS respecto de trato de extranjeros, auxilio judicial int. civil o penal, etc.

Se trata de situaciones de ámbito interno pero con repercusiones en el ámbito Int. como es el caso de la fijación de las líneas de base del mar territorial.

Las abstenciones imputables a los Estados son igualmente idóneas a efectos de creación de reglas consuetudinarias y esta reposa sobre la repetición y por eso el TIJ ha manifestado que la práctica ha de ser probada en un conjunto de Estados suficientemente representativos de los intereses comunes, estando comprendidos aquellos cuyos intereses estén especialmente afectados. (Plataforma C. del Mar del Norte).

- El elemento espiritual o de convicción

Los actos por los que los Estados crean normas consuetudinarias Int. no pueden tener otra motivación que la convicción de que tales comportamientos están exigidos por la adecuada ordenación de intereses. Es la apreciación que ellos hacen de esa necesidad existencial, y no simplemente de la conveniencia de tal práctica, la que da categoría jurídico−positiva al uso arraigado nacido de tal convencimiento.

STIJ en el Asunto de la Plataforma C. del M. del N: La necesidad de semejante convicción, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la noción misma de la *opinio iuris sive necesitatis*... ni la frecuencia ni, incluso, el carácter habitual de tales actos es suficiente. Existen numerosos actos Int. de carácter protocolario, P ej que se realizan invariablemente, pero que están motivados por consideraciones de cortesía, de oportunidad o de tradición, pero no por la sensación de una obligación jurídica.

En el caso Lotus, Francia se empeñó en demostrar la existencia de casos semejantes al que motivada la diferencia entre ambos países y de los que ella aseguraba había nacido una regla Int. que imponía a Turquía el deber de abstención.

El TPJI le responde: Resultaba simplemente que en esos casos, los Estados, simplemente se habían abstenido de ejercitar la acción penal, pero no que se hubiera sentido obligados a hacerlo así. Solamente si la astención hubiera estado motivada por la convicción de un deber de abstenerse es cuando se podría hablar de costumbre Int..

La intencionalidad es mucho menos manifiesta en las omisiones que en los actos positivos. Y como acabamos de ver, *la opinio iuris* necesita que vaya una convicción de que es una práctica necesaria, ya que las motivaciones por las que un sujeto de D. deja de actuar pueden ser muy varias, desde la mera negligencia hasta el deseo de no perturbar las relaciones con ese Estado. Para la existencia de la *opinio iuris* no basta probar el hecho, es preciso probar la motivación. Es lo que Francia no consiguió hacer.

- EL JUEGO DEL ASENTAMIENTO Y OPOSICIÓN EN EL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA REGLA CONSUETUDINARIA.

De los dos elementos constitutivos de la costumbre, el espiritual tiene un predominio indiscutible. Sus caracteres, según el juez de Castro son:

- Aceptación general o universal, puesto que la regla general debe ser conocida y aceptada por la generalidad de los Estados.
- Práctica uniforme, lo que implica homogeneidad en el contenido de aquellos actos que son tomados como precedentes.
- Duración considerable. El hecho del largo uso indica que no se trata de una moda pasajera o de una imposición coyuntural que pudo imponer un Estado o grupo de Estados prepotentes.

Entre la formula utilizada en el art.38 del TIJ para los tratados (reglas expresamente reconocidas) y la que emplea en la costumbre (práctica generalmente aceptada) hay una diferencia muy importante. En la regla consuetudinaria no se exige el consentimiento concreto de cada Estado para que la norma obligue, en cambio en los tratados sí.

Incluso la oposición de un Estado no sería obstáculo a la formación de la norma dada que no consta en parte alguna que el DI haya concedido a los Estados algo así como un D. de veto para hacer oposición a la formación de las normas nuevas.

Pero el principio del consentimiento sigue jugando su papel; la oposición sistemática, que si es aislada no impide la formación de la norma, libera en cambio al Estado que la realiza de la obligación que de ella se deduce, ya que tal regla no le es oponible. En el caso de las Pesquerías Noruegas esa fue la solución del TIJ respecto de la regla de las diez millas en las bahías, era inoponible a Noruega. Este país se había opuesto siempre a todo intento de aplicarla a sus costas.

La tesis que afirma que la norma consuetudinaria podía ser establecida por un acto único de la comunidad Int. (p. ej. A través de una declaración de la Asamblea General de NU) esta totalmente descartada dado que se le estaría atribuyendo a la Comunidad Int. función legislativa.

Pero lo que si es cierto es que a través de los nuevos cauces de manifestación de ese consentimiento generalizado se está aminorando el rigor estricto de los caracteres de la costumbre anteriormente expuestos. En ello, el juez Int. juega un papel esencial.

- CLASES DE NORMAS CONSUETUDINARIAS INTERNACIONALES

La costumbre es fuente autónoma que se complementa y deroga con el tratado recíprocamente. Ambas fuentes tienen el mismo origen: El consentimiento de los Estados.

La clasificación de la costumbre en el DI es en función de su ámbito de aplicación:

- Costumbres generales: obligan a todos los Estados, aunque si alguno se ha opuesto, a él no le sería oponible. El conjunto de reglas generales forma lo que se entiende por DI común o DI general.
- Costumbres regionales: Reducen su ámbito de aplicación a un grupo determinado de Estados próximos geográficamente.
- Costumbres locales: Reducen su ámbito de aplicación a los Estados vecinos o contiguos. El TIJ las ha confirmado en su jurisprudencia frente a posiciones doctrinales de principio que las negaban.

Respecto de las costumbres regionales y locales, la parte que las invoca, debe probar que se han constituido de manera que han pasado a ser obligatorias para la otra parte. En esto se diferencian de las generales, en que al ser D consuetudinario general, no necesitarían prueba según el Juez de Castro en el Asunto de Pesquerías Gran Bretaña−Islandia.

Sin embargo, el TIJ no ha declarado nunca que él aplique de oficio las reglas consuetudinarias generales ni que las partes estén exentas de la carga de la prueba.

- LA FUNCIÓN DEL JUEZ INTERNACIONAL EN LA COSTUMBRE

Puesto que la misión del Juez es aplicar el D. establecido, debería éste quedar excluido de toda participación en la formación de la regla que aplica, por el principio de la separación de poderes. Pero no siempre se puede defender tal tesis en el orden Int.

El juez Int. no tiene detrás de sí un fuerte poder legislativo institucionalizado que le vigile y le controle en su

actividad diaria.

Las particularidades del D. consuetudinario que el juez Int. aplica refuerzan la libertad inicial de que goza. La regla consuetudinaria al ser norma no escrita, permite al juez recrearla, en cada aplicación la explícita de nuevo y al hacerlo, le introduce matices que no estaban en la formulación anterior.

En la determinación y fijación de la norma consuetudinaria, el juez Int. realiza un proceso de inducción previo al de aplicación que es de deducción.

Es decir, la función del juez Int. en la fijación de la existencia y contenido de la costumbre consiste en algo más que la de ser mero servidor de la ley. Él mismo construye la norma y, el resultado final de su acción, depende de la composición interna de ese Tribunal y del trasfondo cultural que en el debate aporte cada magistrado. Además, la valoración de los precedentes no se efectúa en un medio esterilizado, sino en relación con las fuerzas renovadoras que el momento de la decisión actúan en la escena Int.

P. ej. Los casos de D.P por territorio I y los D de los americanos en Marruecos: ambos se asentaban en una práctica de más de un siglo, los dos podían haber sido construidos como costumbre bilateral. Si el Tribunal adopta una postura negativa en el segundo no es por falta de práctica abundante sino porque una sentencia favorable a la tesis USA confirmaría como institución Int. la jurisdicción consular que en aquel entonces había prácticamente desaparecido.

En ocasiones la opinión de los magistrados disidentes es anuncio de la futura evolución.

El juez Int. selecciona el D. a aplicar al supuesto de hecho con plena libertad.

- SITUACIÓN DE LA COSTUMBRE EN EL DI MODERNO

Determinados sectores doctrinales hablan del descenso en el interés e importancia de la regla consuetudinaria en el DI actual. Hay efectivamente determinados ámbitos jurídicos que se sustraen en buena parte de la influencia directa de la regla consuetudinaria; el D. económico Int. y el las OI son buenos ejemplos. Además la norma Int. tiende a ser plasmada en textos escritos.

*a) Relación entre costumbre y tratado*

El carácter autónomo e independiente de una y otra fuente les sitúa en relación de concurrencia y por tanto de oposición y de complementariedad.

Es frecuente encontrar determinadas instituciones Int. regidas en parte por reglas escritas y por reglas no escritas. Y en la relación de oposición la costumbre puede derogar al tratado y el tratado a la costumbre.

El tratado constituye un precedente idóneo para establecer la persistencia del uso. La repetición de determinadas cláusulas convencionales aporta un elemento de convicción generador de regla Int. Ya hemos visto como una norma formulada como regla convencional en una convención multilateral, puede en circunstancias favorables transformarse rápidamente en norma consuetudinaria.

El interés mayor de la relación tratado−costumbre está en la forma en que el tratado es instrumento de codificación de reglas consuetudinarias. El tratado es instrumento único en esta tarea de clarificación y sistematización del DI común. La denominada Legislación Int no es otra cosa que la sistematización de normas consuetudinarias en proyectos de acuerdos Int. que los Estados después ratifican.

*b) El D. consuetudinario y los nuevos Estados*

Un fenómeno revolucionario en la sociedad Int. fue el acceso a la independencia de las antiguas colonias. El D. consuetudinario comienza inmediatamente a tenerlas en consideración. Un claro ejemplo es el impacto de los nuevos Estados en el D. del Mar, tanto en el D. anterior como en el que se baya a crear en un futuro.

Inglaterra, todavía débil frente al poder marítimo holandés favorece la tesis del mar cerrado por el que quería impedir la libre comunicación de las flotas holandesas con el Océano; cuando consigue ser una potencia naval fuerte, se convierte a la doctrina de la libertad de los mares.

Los nuevos Estados intentan patrimonializar amplias zonas marítimas como reacción contra el dominio de hecho que sobre el mar venían ejerciendo las grandes potencias. Cuanto menor fuera la franja de mar reservado por el DI a los Estados litorales débiles, tanto mayor sería el dominio que sobre el mar libre ejercerían los Estados con poderosas flotas.

De todas formas, en los nuevos Estados existe una aceptación inicial del D. común. No así del convencional que se sitúa en la problemática de la sucesión de Estados. Con ello, de nuevo, se marca una diferencia entre el D. convencional y el consuetudinario: el principio de la tabla rasa en la sucesión de Estados aceptable para el D. convencional es impracticable en el D. consuetudinario.

## TEMA VIII

## LOS TRATADOS INTERNACIONALES

- NOCIÓN Y CARACTERES

El TI es a la vez manifestación de la independencia originaria de los Estados y expresión de ese resultado de quedar obligados.

Las limitaciones a la libertad de un Estado por efecto de tratados no le afectan a su independencia mientras éstos no le despojen de sus poderes orgánicos y no le coloquen bajo la dependencia jurídica de otro Estado o de alguna institución supranacional.

La teoría del TI se mueve entre dos coordenadas que determinan la doble condición:

- El acto negocial por el que los sujetos del DI disponen y ordenan sus respectivos D. y deberes.
- El acto normativo por el que crean normas que les obligan.

El a se aproxima al contrato del D. privado estatal que parte de la igualdad de las partes y la articulación de prestaciones y contraprestaciones. En el b el TI, sin ser ley, hace función de ley.

La doctrina retiene hoy la siguiente definición de TI: Acto jurídico consensual concertado por sujetos de DI y sometido por ellos a este D.

Si en el D. contractual interno la libertad de los contratantes debe ser entendida siempre dentro del margen de libertad que las leyes conceden, en el DI esta limitación no existe; la moderna noción de *ius cogens* no les obliga en este sentido. Los Estados son libres para situar su acuerdo dentro o fuera del DI común. Más aún tienen la libertad para excluir la aplicación de reglas Int. en la solución a dar a un litigio planteado ante el TIJ.

- *Capacidad para concertar TI*

No serán AI aquellos en los que todas las partes no sean sujetos de DI: los contratos entre un Estado y los principes indígenas o jefes de tribu, no reconocidos como miembros de la comunidad de Naciones, no son T o Convenios Int.

Hay sujetos (persona individual) aceptados hoy como tales en el orden int, que obviamente carecen de la facultad de concertar tales acuerdos. La condición de sujeto de DI no implica necesariamente capacidad para concertar TI.

Por otra parte, la capacidad de las OI para ajustar AI no está exenta de dificultades. Su capacidad, cuando existe es siempre limitada.

El art. 6 CV dice: Todo Estado tiene capacidad para celebrar TI, pero este no es un texto pacifico, margina los problemas más espinosos del *ius contrahendi* int. y en particular el de los Estados de estructura compleja, el de la capacidad de contratación de las OI y la de los entes con pretensión de constituirse un día en Estados.

De acuerdo con los planteamientos tradicionales, en los Estados de estructura compleja, el poder de contratación int. corresponde al Estado central y no a los Estados miembros o entes autónomos. Ahora bien, el principio de la efectividad juega aquí un gran papel. No la constitución formal sino la realmente practicada es la que define la capacidad de contratación de los sujetos, con lo que el DI deja una gatera por la que adquirir por la vía de hecho, un nivel de autonomía que la Constitución les negó. Su ejercicio les llevaría al reconocimiento por el DI de competencias de las que carecen según el D interno.

*b) Ausencia de forma*

Como otra manifestación de la libertad originaría en la que están los Estados, el AI carece de formas preestablecidas.

El art. 2 de la CV exige forma escrita para las normas que dicha convención establece ya que sería impensable aplicar el régimen de reservas a TI concluidos en forma verbal.

No es tampoco determinante la terminología utilizada: acuerdo, tratado, convenio, convención declaración, canje de notas, etc. Aunque tal flexibilidad ha sido origen de dificultades acerca del valor jurídico de tales actos. En el asunto de la Carelia Oriental se suscitaron dudas sobre si las declaraciones finesa y rusa de la convención de Paz de Dorpat podían ser consideradas como parte del tratado. Finlandia lo afirmaba por considerarlas expresión de la voluntad de las partes mientras Rusia lo negaba diciendo que tales declaraciones se hicieron a titulo informativo tan sólo.

- CLASES DE TRATADOS

Los criterios doctrinales más utilizados a efectos de clasificación son: el nº de participantes, los modos o formas de conclusión, al objeto material de sus normas y es posible también la combinación de unos con otros.

- <u>Por el de Estados participantes</u>, pueden dividirse en abiertos si los modos de acceso al tratado están aligerados para que resulte fácil el ingreso en él, o cerrados si por el contrario las condiciones son estrictas.
- <u>Por los modos o formas de conclusión</u> pueden dividirse en:

    - Solemnes, concluidos en nombre del jefe del Estado con los procedimientos habituales de negociación y firma, autorización parlamentaria previa y ratificación.
    - Simplificadas: confieren a la firma el valor de expresión del consentimiento o suprimen la autorización parlamentaria previa.

- <u>Por el objeto material de sus normas</u>:
- Los acuerdos administrativos que distintas ramas de la administración interna de países diferentes pueden concertar entre sí y con ello afectar a cuestiones sobre las que la respectiva constitución hace reserva de ley. Los Tribunales internos pueden denegarles entonces su aplicación por carecer de la base legal que tendrían

si el tratado hubiera sido ratificado en forma solemne.

- Acuerdos bilaterales o multilaterales. Estos últimos implican un mayor grado de objetivación en sus reglas pero la intención y voluntad de las partes tiene más justificación en un tratado bilateral.
- Acuerdos Marco e institucionales en las primeros las partes fijan las líneas básicas de sus relaciones y abandonan a acuerdos ulteriores la reglamentación de detalle. Los institucionales son los establecidos por OI, creando con ello un nuevo sujeto de DI.
- CONCLUSIÓN DE TRATADOS

La esencia del TI está en el consentimiento y el proceso que lleva a su conclusión tiene lugar en dos planos:

- La preparación del contenido.
- La prestación del consentimiento.

El primero no condiciona al segundo, aquél está regido por normas int. y constitucionales internas, éste por el D. interno.

En los modos de ajustar un TI se suele distinguir entre:

- Negociación y Firma.
- La Ratificación.

*a) Negociación y Firma.*

La primera tarea, en el proceso de conclusión de TI, es la fijación del texto que expresará la voluntad concorde de los Estados parte. Eso implica una negociación para adoptar un texto final.

Tanto si la negociación se hace a través de los cauces diplomáticos ordinarios, como si lo es por representantes especiales, los delegados deberán estar investidos por los denominados plenos poderes que les habiliten para la negociación y autenticación del texto. De conformidad con el DI tienen poder general de representación los jefes de Estados Jefes de Gobierno y Ministerios de AE, que no necesitan presentar sus plenos poderes.

La firma pone fin a la negociación y autentifica el texto final del proyecto de acuerdo. Lo que no hace es prometer una ulterior ratificación, por lo tanto no debe interpretarse como expresión del consentimiento del Estado de quedar obligado.

A lo que si obliga la firma es a que las partes no hagan con su conducta posterior muy difícil o imposible la ratificación por otros Estados.

Las partes tienen D. a interponer reservas y a objetar las de otros.

*b) Ratificación*

Es el acto individual mediante el cual los Estados que desean ser parte en un TI declaran su voluntad de quedar obligados por él. Es la ratificación la que confiere a los Estados la condición de partes.

Los Estados tienen plena libertad para ratificar o no un acuerdo que ellos hayan previamente suscrito. Las razones por las que un Estado que había firmado se abstiene de ratificar son jurídicamente irrelevantes.

*c) Ratificaciones imperfectas.*

La estructura interna de los Estados determina que el proceso de manifestación del consentimiento sea en

ciertos casos laborioso: participación del Parlamento, participación o no de Estados parte o autonomías en las estructuras federales, cuestiones de constitucionalidad, etc. Todas estas normas son limitaciones a la libertad originaria de los órganos de contratación, que en caso de incumplirlas introducirían un vicio en la formación o manifestación del consentimiento.

Sin embargo, ningún Estado puede tener la pretensión de conocer mejor el D. interno en materia de conclusión de TI que el propio Estado interesado. Si el Estado A afirma haber cumplido todas las formalidades de su D. en materia de ratificación, no serán el Estado B o C los que le enmienden la plana. Aunque en la práctica, los Estados poderosos se aprovechan de la debilidad de los pequeños y mal organizados desde el punto de vista de su Constitución interna. Ese poder débil y falto de legitimidad busca en la vía Int. un reconocimiento que le afiance con lo cual ratificaría cualquier acuerdo ventajoso para el Estado fuerte aunque fuese perjudicial para sus intereses.

De todas formas, la seguridad de las relaciones Int. postulan que los Estados asuman las consecuencias que se deriven de los compromisos Int. que sus respectivos gobiernos concluyeron en su día. Aunque bien es verdad que el DI se remite al D interno en materia de competencia para concluir acuerdos.

Una vez más se ha de llegar a una formula de compromiso que lleve a una cooperación de las reglas del D interno y del DI.

*d) Otras formas de manifestación del consentimiento.*

La firma también puede ser manifestación del consentimiento en los acuerdos en forma simplificada.

La ratificación puede sustituirse por la aceptación o aprobación que también son actos formales y que habían de tener lugar cuando ya transcurrió el plazo fijado en la convención para la firma. La ratificación presupone la firma, no siendo ésta ya posible, el Estado interesado puede vincularse de una sola vez.

El TIJ ha aceptado implícitamente la posibilidad de la prestación del consentimiento mediante actos concluyentes, no directamente encaminados a prestarlo. Como el consensualismo es aquí omnipresente, los Estados pueden acordar que la firma, el canje de instrumentos, o cualquier otro modo de expresión sean validos para finalizar el acuerdo.

Otra manifestación de ese consensualismo es la vinculación parcial a un convenio de modo que con el consentimiento de los demás puede un Estado vincularse a sólo una parte del TI. Es el procedimiento del *voting out o contrating out* o también, si el TI contiene diversas opciones entre diferentes normas, la elección es posible cuando conste claramente a qué disposiciones se refiere el consentimiento.

- *Entrada en vigor.*

Suele haber confusión entre entrada en vigor de un TI y la integración de dicho acuerdo en el sistema jurídico de las partes de forma que éstas puedan aplicarlo.

La publicación interna de un TI no desencadena su entrada en vigor. Salvo que alguien decida aplicarlo provisionalmente a efectos internos, el AI no puede ser aplicado internamente hasta que no haya entrado en vigor en el plano int, porque todavía no es tratado.

La CV establece que la entrada en vigor es aquella fecha que las partes determinen. Pero racionalmente:

- Los AI bilaterales entrarán en vigor en el momento del intercambio de los instrumentos de ratificación o de notificación reciproca de haberse efectuado ésta.
- En los multilaterales la cosa es más compleja. La eficacia exige que haya un grupo importante de

Estados comprometidos para ponerlo en vigor, en otros con menos es suficiente y en otros se exige la unanimidad.

- LA RESERVAS A LOS TRATADOS MULTILATERALES
- *Noción*

La reserva es una modificación unilateral que un Estado firmante o ratificante en un convenio multilateral introduce en él con el fin de alterar en su beneficio el régimen general establecido por dicho convenio.

La reserva se nos presenta así como un incidente en el proceso de constitución de ese complejo de D y deberes entre los Estados parte.

Hay reservas materiales o de fondo porque afectan directamente al contenido; pero hay otras que son interpretativas, en el sentido que pretenden introducir, solo respecto del Estado reservante, una determinada interpretación de él que no es la que se deriva del sentido usual.

La reserva es un medio de defensa, frente a la opinión mayoritaria, de la posición particular de un Estado o grupo de Estados que en el proceso de elaboración quedaron en minoría. Hasta la época de la sociedad de las Naciones el uso era que el Estado que quisiera introducir una reserva necesitaba la aceptación de todos. Esta práctica de la unanimidad en la aceptación de las reservas tenía sentido en una sociedad Int formada por pocos Estados, pero la mundialización ha fomentado el uso de las reservas actualmente.

La búsqueda del mayor nivel de homogeneidad del régimen a establecer por un TI lleva a la prohibición o restricción del uso de las reservas, pero con ello se reduce el circulo de participantes. Si, por el contrario, se desea fomentar el mayor grado posible de participación, hay que flexibilizar el uso de las reservas lo que lleva a romper la homogeneidad en D y obligaciones.

- *Evolución en la práctica de las reservas.*

  - Hasta la creación de la S de N se exigía la unanimidad en la aceptación. Si un solo Estado se oponía, el que interponía la reserva o renunciaba a ella y ratificaba sin más o renunciaba a ser parte en el convenio.
  - En la organización de EA todo participante puede ratificar con reservas, y los demás pueden objetarlas o no. Si no las objetan, el acuerdo así reservado les vincula. Si por el contrario las objetan, para los objetantes el convenio no existe.

De ello resulta:

1º) El convenio se mantiene íntegro para los ratificantes sin reservas.

2º) Entra en vigor con efectos limitados entre los Estados reservantes y los que aceptan la reserva.

3º) El convenio es inexistente entre los reservantes y los que se oponen a esas reservas.

- *El régimen de la CV en materia de reservas*

Hay dos momentos claves en la exteriorización de la voluntad para obligarse: el de la firma y el de la ratificación.

Los dos momentos son hábiles a efectos de formulación de reservas, pero éstas sólo serán definitivas cuando, interpuestas en la firma, se mantengan en la ratificación.

Otro punto a aclarar es el de la noción de Estado interesado en el acuerdo que según el art. 23 CV serían los Estados que lo han ratificado y los demás facultados para llegar a ser parte, es decir los que ni firmaron ni ratificaron y los que ni siquiera tomaron parte en la negociación. Esta condición de Estado interesado le da D. a ser notificado de la interposición de reservas y a objetarlas.

El problema central en un convenio es la condición de reserbable o no que este acuerdo pueda tener. La CV muestra una clara orientación a favor de las reservas, puesto que son admitidas siempre que:

- No estén expresamente prohibidas por el tratado.
- Y cuando la reserva sea compatible con el fin del tratado.

Es favorable también por el trato que dispensa a las declaraciones admisibles:

- La aceptación de una reserva que interpone un Estado que desea formar parte de una convención la convierte en parte si un miembro la acepta.
- Entre un Estado reservante y aquel que objeta la reserva la convención entra en vigor, salvo en la parte afectada por la reserva y si el objetor no dice lo contrario.
- El silencio es interpretado como aceptación de la reserva.
- No hay necesidad de aceptación cuando la reserva esté expresamente autorizada por el tratado.

Sólo en dos casos se rompe esta tendencia favorable a la interposición de reservas:

- Cuando se exige la aceptación unánime por ser esencial mantener la integridad del tratado.
- Cuando la reserva formulada respecto del instrumento constitutivo de una organización queda condicionada a la aceptación del órgano competente de ésta.

En una valoración global puede decirse que este régimen en materia de reservas viene impuesto por la propia naturaleza de la sociedad Int en su momento actual. La CV favorece la interposición de reservas con la presunción de que las resistencias iniciales de los Estados en obligarse tienden a desaparecer con la convivencia y el uso que crea la mutua vinculación.

No ha quedado recogida en la CV la presunción del TIJ en el asunto de la Plataforma del M del N en el sentido de que una norma que la Convención declare reservable presumiblemente es convencional y no consuetudinaria, así como su contraria de la condición no reservable de las reglas generales del DI.

- REGISTRO Y PUBLICACIÓN DE TRATADOS

De acuerdo con el art. 102 de la Carta de NU, los TI en los que los miembros de NU sean parte deberán ser registrados en la secretaría de la Organización y publicados por ésta con la mayor brevedad posible.

Hay que recordar que no existe norma alguna de DI que condicione la validez de un AI a su publicación. Pero la nulidad por falta de publicación se puede establecer mediante pacto.

Según el art. anterior, la carencia de publicación tiene como consecuencia la imposibilidad de invocarlo ante las NU y ante el TIJ, aunque el AI sea totalmente válido.

**TEMA IX**

**INTERPRETACIÓN Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS TRATADOS**

- INTERPRETACIÓN: CUESTIONES GENERALES

Entendemos por interpretación de una regla jurídica la fijación de su

contenido y alcance normativo. Cuando se trata de una norma escrita, la base de esta operación es el texto.

Por las características particulares del DI la interpretación, además de ser determinación de ese contenido, es también fijación del contenido y alcance de un determinado acto en las consecuencias jurídicas que éste pueda tener.

La interpretación es el primer acto en el proceso de aplicación de una norma jurídica y en DI, los órganos llamados a interpretar una norma son los llamados a aplicarla.

Los Estados parte en un AI son los primeros llamados a aplicarlo y, por tanto, a interpretarlo tanto en el plano Int como en el interno. La interpretación en el plano interno es unilateral mientras que en el Int. puede ser unilateral o colectiva aclarando o redefiniendo los términos de ese acuerdo.

En el plano interno, serán los jueces y tribunales los que interpreten en primer lugar pero en el plano Int son los Estados los que juegan un papel interpretativo primordial. Si los autores de un TI se ponen de acuerdo sobre el sentido a dar a determinadas cláusulas tal interpretación prevalece sobre cualquier otra.

En temas de interpretación se ha afirmado siempre que corresponde interpretar a quien estableció la norma. En el DI corresponde interpretar una regla a aquel que tiene la facultad de suprimirla o de modificarla.

La interpretación Int también es la que realizan los tribunales y las OI. El carácter ocasional de los procedimientos judiciales Int, la inexistencia de un principio de jurisdicción Int obligatoria, la falta de estructura orgánica en los tribunales Int, son factores que impiden que la jurisprudencia Int posea el nivel de coherencia y uniformidad que tiene la de los tribunales internos.

2) LAS NORMAS DE INTERPRETACIÓN DEL DI COMO REGLAS GENERALES

Pudiera sostenerse que la interpretación en DI ha sido la búsqueda de la voluntad de las partes y la fijación del contenido de la regla tal y como se plasmara en los textos. Pero estaríamos equiparando el subjetivismo ( la voluntad de las partes) con la interpretación textual, y según el juez Anzilotti, cuando en texto es claro se le debe aceptar tal cual pero las palabras sólo tienen valor cuando son expresión de ideas, por lo que si su sentido lleva a consecuencias contradictorias y absurdas, hay que suponer que van más allá de la voluntad de las partes.

Importante es marcar la diferencia con la interpretación que hacen los jueces internos de los respectivos textos legales. El texto legal es expresión de una voluntad ordenadora, relativamente alejada de los datos e intereses inmediatos que enfrenta. En ella se permite a los tribunales, independientes, anticipar soluciones que la legislación después acoge y consagra.

En el plano Int, soluciones elaboradas por el TIJ han sido después recogidas en convenciones multilaterales pero el propio órgano judicial, en su existencia, en su composición, en la jurisdicción que ejercen, dependen de la voluntad de los Estados y en esa dependencia está igualmente el D. que ha de aplicar.

Por lo tanto, no sólo la intención de las partes, sino la resolución del órgano de la OI que aprobó el texto definitivo puede y debe ser tomada hoy como elemento valioso en la interpretación de ese texto.

- *Reglas principales de interpretación*

    - <u>Texto:</u>

La primera regla de interpretación según la CV es según el texto, que no significa una interpretación literal sino que la interpretación judicial Int no puede reescribir el texto del acuerdo.

Sólo de modo complementario es legítimo acudir a otros medios interpretativos en la medida en que la primera vía sea insuficiente.

- Contexto es:
- El texto, incluidos preámbulos y anexos.
- Todo acuerdo que se refiera al TI originario y haya sido concertado entre las partes.
- Todo instrumento (no ya acuerdo) configurado por una o más partes con motivo de la celebración de ese tratado y aceptado por las demás.

Según el contexto, un mismo término puede recibir diferentes aceptaciones. No puede fijarse el término y después aplicarlo mecánicamente cada vez que ese término aparezca. En unas el contexto sugerirá ampliarlo y en otras restringirlo.

− Práctica ulterior:

Las normas de un TI no se petrifican, tienden a evolucionar y a adaptarse a las circunstancias cambiantes y las partes son las mejor calificadas para introducir los cambios necesarios que esa adaptación postula.

El comportamiento ulterior de las partes es, también, un elemento valioso en la determinación del contenido de los D y obligaciones de las partes.

Bien es verdad que, a diferencia de lo que ocurre con el acuerdo expreso, el recurso a la conducta ulterior no permitirá determinar si ese posterior comportamiento es una interpretación y aclaración del sentido originario de lo acordado o si, por el contrario, son modificaciones de los D y deberes originarios. Esta cuestión es de gran importancia en la determinación de la competencia concreta del tribunal.

En esa valoración del comportamiento ulterior de las partes hay que incluir como elemento interpretativo las Cartas Constitutivas de las OI.

En esa valoración del comportamiento ulterior de las partes hay que incluir la práctica posterior de las OI para la interpretación de sus Cartas Constitutivas.

En el DI común todo TI incorpora implícitamente reglas que no sólo lo interpretan, sino que lo complementan: Aunque el TI no haya mencionado formalmente el principio según el cual, en el supuesto del cambio de soberanía, los D privados deben ser respetados, este principio está claramente admitido por el tratado.

En virtud de esta conexión la interpretación de reglas convencionales adquiere una dimensión evolutiva y dinámica, que no sólo tiene su fundamento en el DI, sino también en el interno de los Estados.

Ahora bien, este principio dinámico de interpretación, como corrección necesaria a las insuficiencias de una excesiva fijación textual, constituye el limite máximo de lo tolerable en este sistema jurídico.

- *Reglas complementarias de interpretación*

  - El recurso a los trabajos preparatorios,

que era práctica general en la antigua doctrina, en la CV evoluciona hacia un alejamiento de la voluntad originaria de los autores de la norma.

Ambos tribunales de la haya aceptan el recurso a los trabajos preparatorios sólo cuando el texto no fuera claro en su redacción.

La CV lo admite como confirmación de la interpretación ya que hay negociaciones verbales que no constan en documento alguno o quedan ignoradas por el secreto diplomático.

- Circunstancias que concurrieron en la celebración del acuerdo.

Al igual que el recurso de los trabajos preparatorios, trata éste de aclarar la intención originaria. Los efectos de un determinado acto jurídico se determinan según el momento en que este tuvo lugar.

El TIJ ha utilizado este recurso en repetidas ocasiones deduciendo el valor de una noción jurídica en el momento de la sentencia del contexto histórico en el que aquella fue formulada.

3) TRATADOS FORMULADOS EN DISTINTAS LENGUAS

Puesto que la comunidad Int no posee lengua propia, las normas jurídicas de este D han de estar necesariamente formuladas en lenguas nacionales. La regla Int queda así recortada en su sentido al ser expresada en términos de una determinada cultura.

Por ello, hoy, hay tendencia a formular los textos en distintas lenguas colocadas todas en pie de igualdad como lenguas oficiales pero por ello se paga un alto precio: El riesgo de la discrepancia textual.

Existe otro problema, el dominio de hecho del inglés, lengua en la que hoy se realizan los debates de las grandes conferencias y en la que se formulan gradualmente los acuerdos que éstas van adoptando.

La CV soslayó otro problema interpretativo importante, a saber, el de la aplicación interna de los TI. Éstos raras veces son publicados en las gacetas oficiales de los Estados en los distintos textos originales. Lo usual es que sean publicados en el idioma propio cuando figure éste entre las lenguas oficiales del acuerdo, si no se publica una traducción oficiosa. Pero traducir es traicionar.

4) REGLAS INTERPRETATIVAS NO RECOGIDAS EN LA CV.

La CV no ha recogido normas de las que los tribunales de la Haya habían hecho amplio uso en su jurisprudencia. Las razones pueden ser distintas, en unas puede significar eliminación consciente, en otras por estimarles subsumidas en otra de mayor alcance y en otras por considerarlas de escasa importancia o en periodo de formación aún.

Las omisiones más importantes son:

- La presunción en favor de la soberanía o independencia de los Estados. Se ha abandonado.
- La regla del efecto útil según la cual sería contrario a las reglas de interpretación considerar que una disposición de esta naturaleza sea una disposición sin alcance y sin efecto. Se ha subsumido.
- La regla contra proferentes según la cual quien responde de una ambigüedad o falta de claridad en sus manifestaciones debe soportar las consecuencias.

5) EFECTO DE LOS TRATADOS: ENTRE LAS PARTES

El art 24 CV: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Pero este principio sufre notables excepciones en virtud precisamente de la voluntad de los Estados o de la naturaleza del acuerdo. Por lo que hay que distinguir entre:

- El ámbito de aplicación espacial.

La regla general es que sus efectos se extiendan a los respectivos ámbitos de las distintas soberanías; cabe también que lo sea a un solo territorio en concreto.

La aplicación del tratado al territorio de cada Estado debe de ser entendida como aquella que se contrae al territorio, que de conformidad con el DI, está sometido a la soberanía o jurisdicción de los distintos Estados contratantes. Por consiguiente, se incluyen en el los espacios terrestres, marítimos y aéreos.

Es más, los Estados, en su función ordenadora no sólo se comprometen por sus respectivos territorios. El DI les permite también hacerlo para regular su actividad en los denominados espacios libres, alta mar, Antártida, espacio aéreo y ultraatmosférico.

- El ámbito de aplicación temporal

El art 28 CV formula como principio general el de la irretroactividad. En virtud de él, ninguna norma Int vincula a las partes en relación con un acto o hecho anterior a la entrada en vigor para esa parte.

- EFECTOS DE LOS TRATADOS: RESPECTO DE TERCEROS
- *Cuestiones generales*

El carácter consensual del TI impide la extensión de sus efectos vinculantes a Estados que no sean parte en él.

El art 34 CV dice:  Un tratado no crea obligaciones ni D para un tercer Estado sin su consentimiento.

Ahora bien, en la práctica dicha regla pierde claridad. P. ej: En lo que el tratado sea configurador de sólo D y deberes subjetivos es comprensible que sus efectos queden circunscritos a las partes en él. Sin embargo esa correlación de D y deberes entre sujetos de una misma comunidad establece necesariamente una correlación que no puede ignorarse. P. ej: La renuncia que un padre pueda hacer de la herencia de un pariente rico, ¿es indiferente a sus hijos, sus herederos legítimos?.

Después del pronunciamiento del TIJ en el asunto de las experiencias nucleares, está abierta una vía explicativa en la constitución de determinados efectos vinculantes respecto de contenidos formulados en una declaración que no tiene destinatarios determinados y que, por tanto, no necesita aceptación ni contrapartida

- *Reglas de la CV art 35−37*

Basta una simple lectura de estas normas para percibir que el objeto de su regulación son no las normas, sino los D y deberes recogidos en los AI y su mecanismo consensual.

Dentro de ese plano consensual, las vías posibles a utilizar por la reglamentación hecha en Viena eran dos: la de la *negotiorum gestio* ( la estipulación a favor de tercero) y la del acuerdo colateral.

La CV toma partido a favor de esa segunda tanto respecto de los D como de las obligaciones.

Respecto de las obligaciones, el art. 35 exige que las partes tengan la intención de constituir este deber para un tercero y que este lo acepte por escrito.

Para los D basta el asentimiento del tercero y se presume a través del silencio si el TI no dispone otra cosa.

El D o el deber en favor del tercer Estado se crea o se ofrece en un acuerdo originario, que efectúa así una oferta colectiva de esos Estados parte en el AI y dirigida al tercero. Si este la acepta, expresa o implícitamente,

concierta con ellos un acuerdo colateral.

El art 37 CV que regula la revocación o modificación de la oferta coloca más en primera línea al acuerdo colateral.

Si se trata de una obligación, su renovación o modificación se hará mediante el acuerdo de las partes en el tratado y del tercero. Si es un D, no lo podrán revocar ni modificar las partes si consta que en el momento de la conclusión se tuvo la intención de que tal D no fuera revocable ni modificable sin el consentimiento del tercer Estado.

- *Casos particulares:*

- Cláusula de la nación mas favorecida.

En virtud de ella los Estados contratantes en el acuerdo primero, p. ej: A Y B, estipulan la extensión automática o condicionada, en el marco de sus relaciones convencionales del nivel más ventajoso que cualquiera de ellos pueda estipular en un acuerdo ulterior con otro Estado que era tercero por relación al primer acuerdo. Si es condicionada, sólo se produce este efecto en la medida en que el que reclame la ventaja esté en disposición de conceder lo mismo que otorgó ese tercero.

- TI que tienen por objeto regular los problemas que suscita la sucesión entre Estados.

Desde el punto de vista estrictamente formal, el Estado nuevo que sucede al anterior es desde el punto de vista de su personalidad un tercero respecto de los AI concluidos por el Estado antecesor y que afectan y se localizan en el territorio del nuevo Estado.

Sin embargo hay soluciones discrepantes:

  - El principio de la tabla rasa, que rige en la sucesión de carácter colonial y que consiste en la intransmisibilidad de D y obligaciones hacia el nuevo Estado salvo que éste los acepte. En este caso el AI no produce efectos sobre terceros.
  - El principio de la continuidad de D y obligaciones rige en la sucesión ordinaria por lo que el nuevo Estado sigue siendo tercero por relación a aquellos acuerdos.

- Gobiernos Int de hecho.

Ya hemos aludido a la función ordenadora que en la esfera Int tiene el concierto de las Grandes Potencias y que estas ejercen de modo preferente en los grandes tratados que se establecen después de conflictos bélicos generalizados. Los AI que ellas conciertan entre si o con otros Estados presentan ciertos rasgos estatutarios, de modo que sus reglas dejan de ser en su estructura interna normas convencionales.

- Situaciones estatutarias u objetivas

Los D fundados en una regla convencional se diferencian de los nacidos de una situación estatutaria en la que los primeros serían ejercitables a voluntad del titular; en los segundos, el titular estaría en la obligación jurídica de ejercerlos.

Ambos tipos de normas se crean mediante AI, aunque en ocasiones los resultados van más allá de la mera regla convencional.

CONCLUSIONES

Dentro del juego de autonomía que el DI concede a las partes, estas pueden configurar sus D y obligaciones como lo crean oportuno. El efecto de esos pactos queda reducido a los que contratan. Las excepciones no las son en realidad como se comprueba al aclarar la noción de tercer Estado.

Pero hay ámbitos donde situaciones inicialmente convencionales se transforman en estatutarias o inclusive otras en las que sólo el ropaje furídico−formal permite hablar de un acuerdo cuando en realidad son estatutarias desde el origen.

**TEMA X**

**VALIDEZ Y MODIFICACIÓN DE TRATADOS**

- VALIDEZ DE LOS TI: CUESTIONES GENERALES

Plantearse como problemas el de la validez de una norma o acto jurídico es indagar las condiciones de fondo y forma por las que un sistema jurídico determinado organiza la producción de este acto para que cause plenos efectos o, en caso contrario, averiguar en qué medida las tachas en él advertidas lo hacen nulo o ineficaz.

Por lo que hay que distinguir a estos efectos las normas que afectan a la capacidad y a las condiciones de forma y fondo:

Por lo que a la capacidad respecta, ya no existen los estados semisoberanos ni los protectorados de capacidad limitada, por lo que la soberanía e igualdad entre los Estados confiere a todos una capacidad genérica para vincularse por acuerdo.

Respecto de la forma, al no haber formas precisas imperadas por el DI, no hay irregularidad posible en el AI por falta de forma.

Respecto del fondo, no es de extrañar que el problema de la nulidad de las normas de un TI esté principalmente enfocado desde la perspectiva de los vicios en el consentimieto del acto negocial.

- PROBLEMAS PARTICULARES:

Art 4 CV: La validez de un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención. Se establece así una presunción a favor de la validez del acuerdo y se limitan las causas por las que pueda ser impugnada dicha validez:

- Vicios que afectan a la formación y manifestación del consentimiento:
- Ratificación imperfecta.
- Extralimitación del representante.

- Vicios que afectan a la sustancia del TI:
- Error.
- Dolo.
- Coacción

- Acuerdos Int contrarios al *ius cogens*.

- VICIOS QUE AFECTAN A LA FORMACIÓN Y MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO
- *Disposiciones de D interno relativas a la competencia para la conclusión de acuerdos Int*

.

Es el problema de las ratificaciones imperfectas que se manifiesta como vicio en el procedimiento interno de formación de la voluntad para obligarse. En consecuencia, una vez advertido el vicio, la conducta ulterior de la parte que puede usar de la acción de nulidad equivaldría a aquiescencia y tendría un efecto sanador del acto viciado.

Pero en contra de la técnica normal en materia de vicios en el consentimiento, es la parte que introduce el vicio ( el Estado que no ha formado bien su voluntad) la que dispone de la acción de nulidad. Esto nos indica que la verdadera causa de la nulidad no es la irregularidad de la voluntad formada en el D interno, sino la mala fe de la otra parte que conociendo ( puesto que la infracción es patente) la irregularidad que comete el otro Estado, se aprovecha de ella y concluye el tratado.

- *Extralimitación de los poderes del representante en la manifestación del consentimiento*

.

No es usual que los gobiernos publiquen y den conocimiento a los demás Estados de los términos en los que fueron otorgadas las instrucciones a su representante. Incluso hay supuestos de coexistencia de unas instrucciones públicas y otras secretas, que son las verdaderas, y a las que el representante deberá ajustarse.

- VICIOS QUE AFECTAN A LA SUSTANCIA DEL CONSENTIMIENTO

La CV recoge tres supuestos de distinta significación y alcance:

El error, el dolo y la coacción, y en éstos dos últimos distingue según que el dolo y la coacción sean sufridos por el representante o por el Estado.

- El error

Es un vicio porque se instala en la esencia misma del consentimiento. La parte que lo sufre presta su asentimiento porque aprecia la realidad de forma desviada, y manifiesta su conformidad a una realidad que él percibe como tal, pero que es inexistente. No hay en verdad consentimiento.

Para que el error produzca ese efecto invalidante es necesario que se proyecte sobre un elemento esencial que determinó la voluntad de quien consiente en obligarse. Pero además es necesario que no sea imputable a la conducta de quien lo comete.

El único error posible es el error de hecho, que sólo puede ser invocado por quien lo haya sufrido, y admite la sanación por conducta ulterior de éste.

- El dolo

El efecto sobre el consentimiento que presta quien lo padece es equivalente al del error. Se consciente porque quien lo padece tiene una visión perturbada de la realidad a la que el presta su asentamiento, pero se diferencia del error en dos elementos:

1)− El dolo no exige que esta equivocación se centre sobre un hecho o situación que constituya una base esencial del consentimiento.

2)− La equivocación sufrida debe estar en relación directa con la maquinación urdida y dirigida a provocar el consentimiento en la parte que se equivoca.

Desde el punto de vista de la prueba, esta corresponde en el error a quien la alega. Por el contrario, en el dolo,

quien lo padece y lo alega no tiene porque probar su importancia pero si que fue la falsa apreciación inducida por la maquinación, y no otro cualquier motivo, la que le llevó a la prestación del consentimiento.

Al igual que en el error, sólo el Estado que sufre el dolo puede invocarlo. Y puede elegir entre mantener la parte del acuerdo no afectada por el dolo o hacer uso de su D a impugnar la validez de todo el tratado.

- La Coacción

La CV regula la coacción por dos vías diferentes: La ejercida sobre el representante y la que sufre directamente el Estado.

Pero el Estado actúa siempre a través de representantes de modo que ambas situaciones se interpenetran y confunden. ¿Es que la amenaza de bombardear determinadas ciudades de un país, si el representante de un Estado no suscribe el acuerdo que se le presenta, además de ser amenaza sobre el Estado, no lo es a la vez sobre la persona de su representante aunque se acepte que éste no haya sido amenazado directamente?.

Los países en desarrollo lucharon en la CV por la inclusión en la noción de coacción de la violencia política o económica pero encontraron una oposición cerrada en los países occidentales.

En la única oportunidad que el TIJ ha tenido de pronunciarse sobre este punto, puso de manifiesto, por un lado, la firmeza del principio:  Un acuerdo obtenido mediante la amenaza o el empleo de la fuerza es nulo en DI. Por otro lado la dificultad de la prueba en el plano de la aplicación práctica: Una acusación tan grave sobre la base de una alegación genérica y vaga no puede ser acogida sin prueba suficiente.

No existe la posibilidad de una sanación del vicio por la conducta posterior de la parte afectada. No obstante, a la parte inocente se le concede el beneficio de la buena fe respecto de los actos ejecutados antes de la alegación de esta nulidad.

- ACUERDOS CONTRARIOS AL ius cogens.

Art 6.3 CC: Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno D. De modo análogo regula este supuesto la CV en dos art fundamentales:

  - art 53:  es nulo todo TI que en el momento de celebrarse esté en oposición con una norma imperativa del DI.

  - art 64:  si surge una nueva norma imperativa de DI, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

En el primer supuesto la nulidad es inicial, originaria, no hay propiamente TI puesto que es contrario desde el primer momento al D necesario. En el segundo, se trata de una nulidad sobrevenida a un acuerdo originariamente válido.

La CV enfrenta el problema desde una doble perspectiva según que se dé el supuesto del art 53 o del 64:

  - Si se está en el primer supuesto, los efectos de esa nulidad radical son los máximos:

  - No se admite la divisibilidad del tratado .
  - La impugnación de la nulidad es recurso de todas las partes.
  - La situación a restablecer será la que habría existido de no haberse concluido ese acuerdo radicalmente nulo.

- Si estamos en el supuesto del art 64, la regla del art 71 garantiza la irretroactividad del efecto de la nulidad y a la vez impide la continuidad de esos efectos cuando estén en contradicción con la nueva norma imperativa.

- MODIFICACIONES DE TRATADO: CUESTIONES GENERALES

El margen que el D interno deja a los particulares en el ámbito del D privado para que configuren con libertad sus relaciones, es pequeño por relación al conjunto normativo global de todo el sistema.

No es así en el TI, donde el *ius coneng* es incipiente y a duras penas hay un D supletorio en sustitución de la voluntad deficiente de las partes. Por consiguiente, la voluntad estatal tiene un papel preponderante.

No obstante, el TI depende en su constitución del respeto a normas ajenas al mismo acuerdo, elaborados por la jurisprudencia Int. y recogidas en la CV. De ellas el TIJ dice que son expresión del D consuetudinario.

En consecuencia, el AI se inserta en un complejo normativo y una de las mejores pruebas de la existencia de un sistema es precisamente comprobar que los distintos elementos en él evolucionan acompasadamente, de modo que la mutación que se produzca en alguno de sus elementos termina repercutiendo en todos los demás.

- MODIFICACIÓN DE TRATADOS EN SENTIDO ESTRICTO

El art 39 establece: Un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes.

Pero ¿Como entender el régimen establecido por un convenio multilateral?. La regla básica sería, salvo pacto en contrario, que la modificación de sus cláusulas habría de hacerse por acuerdo unánime de todas las partes contratantes.

Ahora bien, la consagración a ultranza de este principio supondría petrificar el régimen originario de cada acuerdo, sin posibilidad de adaptarlo al cambio social. Dado que siempre habría algún Estado discrepante que se resistiría al cambio.

Por otra parte, extremar la libertad para modificarlo por acuerdos parciales implicaría amenazar la fuerza vinculante de dichos tratados.

El asunto Oscar Chinn ilustra este problema: Inglaterra y Bélgica, ambas subscriptoras del Acta de Berlín de 1889 que ellas mismas había modificado al firmar el T de Saint Germain. La Corte aplicó este TI.

Pero los magistrados disidentes observaron que el primer acuerdo no contenía previsiones para su denuncia, ni autorizaba a los Estados a realizar acuerdos parciales, antes bien, establecía que su modificación podría hacerse por acuerdo unánime de todos los Estados. ¿Era, pues, valido el segundo acuerdo, aunque sólo lo fuera con efectos inter partes?.

Uno de los disidentes sostuvo que aunque en DI no había una doctrina clara sobre nulidades y anulabilidades, el Acta de Berlín preveia la nulidad absoluta. Por lo que el T de S.G era nulo de pleno D.

- ACUERDOS SUCESIVOS: ENMIENDAS Y MODIFICACIONES

La CV regula la modificación de TI desde tres supuestos:

- *Acuerdos sucesivos*

En esta clave de acuerdos el efecto modificativo es distinto según que el círculo de Estados obligados sea o no

el mismo en cada uno de esos tratados

El art 30 fija dos criterios básicos:

- La prevalencia entre las normas de los diferentes tratados no la establece el principio de la *Lex posterior* sino la voluntad de las partes, de modo que cuando un tratado está subordinado a otro anterior o posterior o no es incompatible con él, prevalecerán las disposiciones de este último.

- El tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

En el caso de que la participación sea diferente, si no hay derogación del tratado anterior, las relaciones entre Estados obligados se estructuran así:

- En las relaciones de los Estados que sean partes en ambos tratados se produce la situación de aplicación preferente del segundo.
- Las de un Estado que sea parte de ambos acuerdos con otro que sólo lo sea en el primero serán regidas por el único tratado que les obliga, que es el primero.

- *modificación por la vía de enmiendas*

Por enmienda debemos entender una propuesta de algún o algunos Estados parte, dirigida a modificar las disposiciones de un acuerdo multilateral. Dicha enmienda no deberá excluir a ninguna de las partes puesto que de otro modo no sería enmienda sino modificación.

- La enmienda regirá sólo respecto de aquellos Estados que la ratifiquen extinguiendo entre ellos el tratado anterior.
- La relación de los Estados ratificantes con los demás, se regirán por el primer acuerdo que es el único que les es común.

La CV prevé la posibilidad de que un Estado llegue a formar parte de un tratado después de la entrada en vigor del tratado enmendado:

- Será parte en el tratado en forma enmendada.
- Pero en relación a los Estados que no aceptarán la enmienda, regirá entre ellos el tratado no enmendado.

- *Modificación por acuerdos singulares entre grupos de Estados*

Supone una iniciativa de dos o más Estados parte encaminada a la modificación *inter se* del régimen general establecido por el acuerdo multilateral.

Por su misma naturaleza la modificación no otorga derecho de participación a los demás Estados que no estuvieron comprendidos en esa iniciativa.

Es comprensible que tales acuerdos, que podrían ser calificados de fraccionarios, estén sometidos a un régimen más riguroso. Por lo que sólo serán posibles:

- Si la modificación que se intenta está prevista en el acuerdo.
- Si, no estando prohibida por él:

a)− No afecta a los D y obligaciones que las demás partes tienen según el tratado.

b)− Ni tampoco afecta a disposiciones necesarias para la consecución del objeto y fin del tratado.

Si el resultado final es de conclusión de un acuerdo modificativo entre ese grupo de Estados, la situación es semejante al caso anterior, el efecto extintivo sobre el primer tratado es parcial.

**TEMA XI**

**TERMINACIÓN Y SUSPENSIÓN DE TRATADOS**

- NOCIÓN

La modificación más radical que puede sufrir un acuerdo int es su extinción o modificación.

Fuera de la regulación de la CV han quedado supuestos de terminación como son el de la extinción por mero transcurso del tiempo cuando su validez ha sido fijada temporalmente o el del cumplimiento de las obligaciones pactadas en los acuerdos en que esto es posible.

En cambio, si ha regulado los supuestos de suspención en cuanto a sus disposiciones o respecto de los Estados participantes. La CV los articula en la siguiente forma:

  - Denuncia y retirada en los tratados.
  - Terminación por actos o normas jurídicas.
  - Terminación por hechos jurídicos.

- DENUNCIA Y RETIRADA

  - Denuncia es la facultad de un Estado parte en un tratado bilateral de poner fin a éste mediante su declaración de voluntad.

  - Retirada, es la misma facultad en relación con los tratados multilaterales, deja subsistente el acuerdo pero cancela la condición de parte en él del declarante.

Hay que tener en cuenta que las reglas del art 56 CV en materia de denuncia y retirada son supletorias de las que el propio acuerdo pueda formular.

El caso más importante de la retirada lo plantean hoy las OI:

El pacto de la S de N la preveia con un preaviso de dos años para que el Estado reconsiderara su decisión. La carta de NU no dice nada pero el respeto a la soberanía de los Estados no permite una obligación estricta de permanencia en un vínculo que se estableció voluntariamente. Algunas OI han tenido que aceptar retiradas e incluso reingresos ( ONU, UNESCO).

- TERMINACIÓN POR NORMAS O ACTOS JURÍDICOS

La CV destaca tres supuestos:

- El de la conclusión de un nuevo tratado.
- El de la posible terminación de un acuerdo en virtud del efecto de OI.
- El de la aparición de normas nuevas el *ius cogens* contrarias al contenido de un tratado ya existente
- *Terminación mediante un nuevo acuerdo*

El art 59 CV establece una regla de sentido común: Un tratado se considerará terminado si todas las partes en

él celebran ulteriormente un tratado con el claro propósito de extinguir el primero, y esto, cualesquiera que hayan sido las previsiones originarias.

- *La influencia de las OI.*

El D interno de las OI se relaciona en diferentes formas con el convencional de los Estados miembros de esa organización. Un aspecto de esa relación es el del efecto extintivo posible que tal D pueda tener sobre los AI.

¿Puede un Estado miembro de la UE otorgar a extranjeros de terceros Estados ventajas en materia de trabajo o asentamiento que la normativa comunitaria reserva para los ciudadanos comunitarios?.

¿Cuál es el efecto sobre los tratados de doble nacionalidad concertados por España con países hispano americanos después del Acto de Adhesión de nuestro país a las comunidades Europeas?.

El art 20.2 del Pacto de la S de N: Si un Miembro, antes de entrar en la sociedad, ha contraído obligaciones incompatibles con los términos del Pacto, deberá de inmediato adoptar disposiciones para desligarse de tales obligaciones.

El art 103 de la Carta: En caso de conflicto entre las obligaciones contraidas por los Miembros de UN en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraidas en virtud de cualquier otro convenio int, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.

- *Normas de ius cogens*

La CV regula este supuesto en dos arts, el 53 que declara nulo todo acuerdo que se celebre en oposición con una norma imperativa del DI, y el 64 que dice que toda norma imperativa nueva de DI anulará a cualquier tratado que esté en oposición.

En el primer supuesto estamos hablando de nulidad y en el segundo de anulabilidad puesto que sus efectos no podrán aplicarse con carácter retroactivo. (ver pag del apartado 5 tema 10).

- TERMINACIÓN O SUSPENCIÓN POR HECHOS JURÍDICOS

Diversos supuestos de hechos:

- Incumplimiento de las obligaciones pactadas.
- Destrucción o desaparición del objeto y fuerza mayor.
- Cláusula *rebus sic stantibus*.
- *Incumplimiento por una de las partes de las obligaciones pactadas*

Todo tratado debe ser cumplido de buena fe, por lo tanto, el incumplimiento de una obligación esencial es no sólo incumplimiento de tal o cual cláusula del convenio sino de la regla fundamental de un comportamiento de buena fe.

Por eso, el incumplimiento de una obligación convencional debe llevar a la exigencia de la prestación denegada; si esto no fuera posible a una prestación sustitutoria y, en todo caso, a la reparación de los perjuicios que el daño hubiera irrogado a la parte lesionada. No en cambio, al ejercicio de una acción rescisoria del convenio.

En DI existen procedimientos, siempre excepcionales, de autotutela fuera del recurso a procedimientos judiciales y sin apelar a la acción rescisoria. La base de la reciprocidad, en la que se fundan todo AI, permite a un Estado perjudicado por el incumplimiento contestar con la misma medida e incluso si el otro incumplió la

obligación A él puede contestar con el incumplimiento de la obligación B. Aunque esto sería entrar en el ámbito de las represalias.

Ahora bien, el DI consuetudinario ha reconocido un D de rescisión en aquel Estado que sea perjudicado por el grave incumplimiento por otro de una obligación pactada en AI.

Cuando la violación sea grave la otra u otras partes, según que el AI sea bilateral o multilateral, pueden proceder a la suspención o terminación del TI. La violación es grave cuando exista un rechazo no autorizado por la presente convención o cuando haya violación de una regla esencial para la consecución del objeto y fin del tratado.

La violación grave puede tener dos efectos distintos:

- Terminación del acuerdo.
- Suspención del acuerdo.

Sin embargo, en el D humanitario existe tradicionalmente una prohibición de acudir a la autotutela por vía de represalias cuando éstas son contrarias a principios de humanidad

- *Imposibilidad de cumplimiento por desaparición o destrucción del objeto y fuerza mayor.*

Dos supuestos que demuestran que la causa que lo origina es ajena a la voluntad de los obligados:

- Lo regula el art 61 que permite a una parte poderlo alegar para dar por terminado el tratado o retirarse de él: Tal sería el caso, p. ej. En un acuerdo de pesca la desaparición de la fauna pesquera en las aguas de soberanía del Estado obligado.
- La fuerza mayor que exonera de cualquier responsabilidad Int.

En ambos supuestos el efecto puede ser definitivo y ello lleva a la terminación del tratado o si es, meramente temporal, conduce a la sola suspensión en su aplicación

- *La Cláusula rebus sic stantibus*
- Noción:

En un TI las partes que se obligan lo hacen en contemplación de las circunstancias que determinan esas obligaciones y que son ajenas al contrato mismo. El cambio de éstas hace más oneroso o más fácil ese cumplimiento y éste es un riesgo que las partes deben asumir cuando contratan.

Ahora bien, puede haber una mutación en esas circunstancias que sin hacer el cumplimiento imposible, lo condicionen de tal manera que lo dificulten notablemente a una de las partes con beneficio desproporcionado para la otra u otras. Es aquí donde se sitúa el juego de la denominada cláusula *rebus sic stantibus*, que siendo una estipulación implícita o hipotética que debe presumirse inserta en todo tratado o al menos en los de larga duración, concedería una acción de rescisión o al menos de renegociación de dichas condiciones.

- La cláusula en la práctica Int anterior a la CV.

La cláusula se asemeja a la fuerza mayor con la que tiene en común las notas de imprevisibilidad y exterioridad ( ajena al que la invoca) y sólo se diferencia por la irresistibilidad que caracteriza a esta última.

La doctrina de la cláusula solamente encontró acogida, antes de 1969, en opiniones individuales de algunos jueces que vieron en ella el contrapeso necesario a al regla *pacta sunt servanda* de modo que el Estado

obligado pueda invocar las circunstancias en las que la no ejecución de tal o cual disposición del tratado, pueda estar justificada desde el punto de vista del DI.

- Reconocimiento actual.

La CV la ha recogido en su art. 62 como un medio de cancelar obligaciones nacidas de TI siempre:

  - Que las circunstancias modificadas constituyan una base esencial en la prestación del consentimiento.
  - Que el efecto de la cláusula sea sólo respecto de las obligaciones que todavía queden por cumplir.
  - Que el cambio de circunstancias no traiga causa del propio incumplimiento de quien lo alega.

Aun queda el problema del juego procesal de la cláusula: Una vez alegado el cambio radical de circunstancias, puede ser objetado por la parte o partes que tengan intereses en la continuidad del tratado.

Y puesto que no hay recurso judicial posible si las partes no lo han establecido o no lo aceptan para el caso concreto, la única solución que prevé la Carta de NU es la de su art 33 de arreglo pacifico de controversias mediante la negociación, mediación, arbitraje, arreglo judicial... y otros medios pacíficos de su elección.

**TEMA XII**

**LOS ACTOS UNILATERALES**

- NOCIÓN

Dado el consensualismo del DI es comprensible el escaso desarrollo doctrinal que hasta ahora ha tenido la teoría del acto jurídico y, más en concreto, la del negocio jurídico unilateral. Y sin embargo una buena parte de los actos con alcance jurídico Int son unilaterales y no consensuales.

Presupuesta la norma *pacta sunt servanda*, el acuerdo aparece como fuente de toda regla o de D y obligaciones subjetivos. Más difícil es la explicación del acto jurídico unilateral como creador de reglas jurídicas positivas.

La teoría general del D define al acto jurídico como una declaración privada de voluntad que mira a producir un efecto jurídico, lo cual presupone:

- La existencia de un complejo normativo que además de establecer ese espacio de libertad en el que opera la voluntad del sujeto, confiere a dicha voluntad determinados efectos.
- Emisión de esa voluntad para que el D les reconozca eficacia. Según que la voluntad emitida sea única o plural se habla de negocios jurídicos unilaterales o plurilaterales.
- VARIEDAD DE LOS ACTOS UNILATERALES

<u>Tipos:</u>

  - Reconocimiento.
  - Notificación.
  - Promesa.
  - Renuncia.

<u>Formas de manifestación:</u>

- Expresos o tácitos.
- Abstención.

Sujetos que los ponen:

- Estados.
- Org Internacionales.

Los Estados pueden ejecutarlos:

- Por si mismos.
- En virtud de comisión internacional.

Formas en las que se presentan:

- Internos estatales con relevancia Int.
- Unilaterales sólo en apariencia.
- Estrictamente unilaterales.

Analicemos sus formas:

- Actos internos estatales de relevancia internacional.

Son de naturaleza muy diversa, actos legislativos, advos, sentencias judiciales. Su finalidad primordial es producir efectos internos aunque a veces los producen también en el ámbito int. Las normas que los regulan son también exclusivamente internas.

Pertenecen a esta categoría los actos legislativos de concesión de la nacionalidad, los que determinan la competencia penal de un Estado frente a otros, los que delimitan el mar territorial, etc. Tales actos son estatales en su origen pero int en su dimensión.

- Actos unilaterales solamente en apariencia.

Pertenecen a esta categoría los actos unilaterales conexos a uno convencional ( reservas, denuncias, enmiendas). La base convencional en la que se asientan los transforma en parte integrante de ese complejo convencional.

- Actos estrictamente unilaterales.

  - El reconocimiento.
  - La renuncia.
  - La protesta.
  - La notificación.
  - La promesa.

  - Por reconocimiento se entiende la declaración de voluntad unilateral en virtud de la cual, un sujeto de DI hace conocer que admite la existencia de un hecho ( aparición de un nuevo Estado) de una situación (estado de guerra) o una pretensión (ampliación del mar territorial) y que acepta las consecuencias es sus relaciones exteriores.

  - Por renuncia, el sujeto de DI manifiesta su voluntad de abandonar un D o una pretensión.

- La protesta. El sujeto de DI toma posición contraria respecto de un hecho, situación o acto y muestra con ello la no aceptación de las consecuencias que de ellos pudieran derivarse.

- La notificación. Un sujeto comunica un acto o proyecto del que se derivan consecuencias jurídicas. P. ej. Notificación de ocupación territorial.

- La promesa supone una manifestación de voluntad unilateral por la que el sujeto de DI se compromete a un comportamiento futuro.

Todos ellos se sitúan en el plano del D relacional y ha sido la práctica diplomática de esa comunicación la que les ha dado existencia.

Determinados actos unilaterales revisten la forma de declaraciones en contemplación de situaciones jurídicas o de hecho, de modo que dichas declaraciones pueden tener el efecto de crear obligaciones jurídicas. Tales declaraciones comprometen al Estado y le obligan a una determinada conducta. No necesitan contraprestación ni aceptación porque de otra forma perderían si condición de actos unilaterales. Son actos *erga omnes* en el sentido que el destinatario, frente al que se obliga el declarante, es la comunidad Int.

El fundamento jurídico de tal obligación, según el TIJ, está en la buena fe a la que refuerza la creciente necesidad de cooperación Int.

- PROBLEMAS DE IDENTIFICACIÓN DE ESTOS ACTOS

Es ésta una de las mayores dificultades. Puesto que la sustancia del acto unilateral está en la emisión de la voluntad del Estado, es a ese acto en el momento que se realizó, en las circunstancias que le rodearon, al que hay que acudir de modo primordial, y no al documento en el que fuera recogida dicha voluntad.

Un mismo acto desde el punto de vista formal puede tener contenidos distintos. Las ofertas de una parte, no aceptadas por la otra, no pueden ser utilizadas después en perjuicio del oferente. Pero diferente sería si la declaración unilateral de un Estado produce un punto de acuerdo concreto.

Por lo que respecta a la forma, la libertad es total, a diferencia de lo que sucede en la interpretación, los términos en los que se plasma un acto unilateral carecen de excesiva importancia. Pero ello no es obstáculo para que en ocasiones esta interpretación deba ir estrictamente ceñida al texto, como ocurre en las declaraciones unilaterales de aceptación de la jurisdicción del TIJ.

Decisiva es, en cambio, la posición de la autoridad que, como órgano del Estado expresa esa voluntad que lo compromete.

La jurisprudencia considera vinculantes:

- Los actos del Jefe del Estado, los del Gobierno, las del Ministerio de AE y los de los representantes diplomáticos.

- No serían vinculantes para el Estado las declaraciones de funcionarios inferiores aunque actúen dentro de su competencia y ésta se relacione con asuntos de extranjería.

- EFECTOS DE LOS ACTOS UNILATERALES

Parece que los actos unilaterales son modificados de D y deberes y no creados de reglas jurídicas. Su esfera de acción es la libertad de los Estados en la configuración de sus propios D y deberes en el orden Int de ahí la discrecionalidad que como nota principal caracteriza a esta clase de actos.

La jurisprudencia insiste en la necesidad de contemplar las circunstancias que rodean cada caso en particular para medir desde ellas el alcance jurídico de cada acto unilateral, tanto del positivo (acción) como del negativo (omisión), ya que el mero acto de abstención o silencio puede ser valorado muy diferentemente según las situaciones.

**Ver casos prácticos 21 a 26.**

**ABREBIATURAS MÁS USADAS**

AI Acuerdo Internacional

BOE Boletín oficial del Estado

Cc Código Civil Español

CE Constitución española de 1978

CEE Comunidad Económica Europea

CDI Comisión de Derecho internacional

DI Derecho Internacional

CIS Y CJI Tribunal Internacional de Justicia

CPJI Tribunal Permanente de Justicia internacional

CV Convención de Viena

DOCE Diario Oficial de las Comunidades europeas

Int Internacional

LF Ley Fundamental de la República Federal de Alemania

LOTC Ley orgánica del Tribunal Constitucional

NU Naciones Unidas

OIT Organización internacional del Trabajo

S de N Sociedad de naciones

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TC Tribunal Constitucional

TI Tratado internacional

TIJ Tribunal internacional de justicia

TPA Tribunal permanente de Arbitraje

TPJI Tribunal permanente de justicia internacional

UE Unión europea

71

33