

## **1º PARCIAL**

### **NATURALEZA DEL DERECHO**

#### **Nº 1**

- **DI y D natural. El consentimiento general de los Estados: Base de la regla internacional.**
- **Principio de igualdad de los Estados. La libertad de los mares. Investigación y visita en alta mar. Jurisdicción exclusiva del Estado sobre los buques en alta mar que enarbolan su pabellón.**
- **La trata de esclavos: evolución de las instituciones internacionales.**
- **La no aplicación de leyes penales extranjeras.**

### **LA JOVEN EUGENIA**

**( Año 1822)**

#### **SUPUESTO**

**Mercante francés capturado por navío norteamericano en las costas de Africa bajo el cargo de trata de esclavos.**

**El juez norteamericano afirma su jurisdicción en el caso y razona:**

**Él DI puede deducirse de los principios generales del D, de los usos consuetudinarios y del D. convencional o positivo que regula las relaciones entre Estados. Por lo tanto, el D. de gentes se va modificando y concretando a través de tratados en las diferentes épocas. De lo que se sigue que un principio que todavía no ha sido plasmado por el consentimiento o práctica de las naciones puede ser ulteriormente incorporado al código positivo de los pueblos. Tampoco puede excluirse un principio de DI por no estar reconocido como tal por todas las naciones civilizadas.**

**La trata de esclavos es una ofensa para el D. Universal, para el de Francia y para el de Norteamérica, por lo que desestimo la acción reivindicatoria de los propietarios franceses.**

### **EL ANTILOPE**

**( TS de EEUU, 1825)**

#### **SUPUESTO**

**Buque español dedicado a la trata de esclavos que fue apresado por un guardacostas de EEUU.**

**El Juez Marshall dice que lo que ha sido aceptado por todos debe ser también ley de todos. Un jurista debe dar solución apelando a aquellas reglas de conducta que están sancionadas por los usos, los actos de los Estados y el consentimiento general.**

**Tanto Europa como América han practicado el comercio de esclavos durante dos centenas sin oposición ni censura alguna. ¿Cómo podrá perderse este D?. Cada nación puede renunciar a él respecto de sus principios nacionales pero debe seguir siendo legal para aquellos a los que no se les puede obligar a que lo abandonen. De la misma manera que ninguna nación puede imponer una ley a los demás, tampoco puede una sola establecer el DI.**

## OBSERVACIONES

- *Aspectos Históricos*

Estos casos se producen en un momento de profundo cambio en la vida internacional. Nacen nuevas ideas a raíz de la Revol. Franc. Se rompe la concepción del poder absoluto al nacer nuevas repúblicas como EEUU, ejemplo seguido por otras colonias americanas que se separan de sus metrópolis. Se produce un cambio en la economía, que de ser agrícola y artesanal pasa a una incipiente industrialización.

La conciencia pública inglesa pide a su Gobierno la abolición de la esclavitud, lo que éste intenta lograr mediante la asimilación del comercio marítimo de esclavos al delito de piratería y como tal trató de imponerlo a las demás naciones, lo que hubiera significado el reconocimiento de un D. generalizado de visita en alta mar.

Fracasó el intento inglés de imputarlo como regla general del DI lográndolo sólo, mediante la vía convencional, con países menos fuertes.

No todo era limpio y elevado en la política inglesa que obedecía a su deseo de eliminar la competencia que hacían a sus plantaciones las colonias españolas, portuguesas y francesas.

- *Contenido ético–moral de la norma internacional*

La 1ª sentencia toma como base la existencia de reglas ético–morales que se imponen de necesidad en virtud de su propio contenido, lo que significa una afirmación del D. natural: Tales reglas no necesitarían estar afirmadas por la práctica o uso generalizado. La fuerza de su contenido haría innecesario este recurso.

En la 2ª sentencia el juez entiende que por encima del juicio moral, el juez debe atenerse a las normas que hayan sido sancionadas por la práctica de las naciones y de acuerdo con ello era obvio que existía y había existido una aceptación generalizada del tráfico de esclavos.

En esta contraposición de opiniones hay un eco de disputa filosófica sobre la razón última de la obligatoriedad de la norma jurídica y de la norma moral.

- *La insuficiencia del elemento ético– moral en la constitución de la norma positiva.*

Las normas positivas necesitan un acto de creación: En el D. interno es el acto legislativo y en el DI lo es el consentimiento expresado en un acuerdo, o bien, el uso o práctica general como prueba de ese consentimiento en las normas consuetudinarias.

Por ello la 2ª sentencia estaba más de acuerdo con el D. vigente en aquel momento. La regla de la libertad de los mares, de la igualdad de los Estados y el respeto a sus respectivos ámbitos de competencias se oponían a que sus acciones fueran consideradas como ilegales no existiendo norma internacional que prohibiera el tráfico de esclavos.

Sin embargo el primer fallo recogía lo que poco más tarde sería norma general de DI y hoy es una de las normas mejor asentadas de *ius cogens*, aunque pasaba por alto otra regla bien establecida actualmente como la jurisdicción exclusiva de cada Estado sobre los buques que enarbolan su pabellón en alta mar en tiempos de paz.

El D. de visita, por ser contrario a las normas de DI no daba D. alguno al Estado captor sobre la presa.

Ni aún en el supuesto de coincidencia en las leyes internas de ambos países, porque los Estados no se convierten en ejecutores de las leyes penales de Estados extranjeros.

Nº 2

- **Naturaleza del DI:** su aplicación por los tribunales internos.
- **Fuentes del DI.** Formación del D. consuetudinario. Prueba del D. consuetudinario.
- **Relevancia de la doctrina como fuente del DI.**

## **EL PAQUETE HABANA Y EL LOLA**

(TS de EEUU, 1900)

### **SUPUESTO**

Barcos españoles apresados por barcos de USA y cuya actividad era pacífica sin la menor duda.

¿Es buena presa y se pueden confiscar?.

El Tribunal de 1ª instancia dice que si y el TS que no, en virtud de un uso generalizado durante siglos entre naciones civilizadas que han dado lugar a la formación de una costumbre internacional.

Esta doctrina es puesta en tela de juicio por los captores recurriendo a antiguos tratados de países europeos, de EEUU y a la práctica seguida por éste en las últimas guerras.

Pero la doctrina de los tratadistas mostraba claramente que había existido y existía esa costumbre que excluía de la captura a los buques pesqueros. Este no sería el caso si tales bajeles fueron además utilizados con propósitos bélicos, o si fueran buques de pesca de altura o que la captura estuviera exigida por necesidades militares.

### **OBSERVACIONES**

- *Naturaleza del DI.*

En DI, el fundamento último de sus reglas es la común aceptación y el consentimiento generalizado.

Para que la línea de conducta de alguno o algunos Estados termine afianzándose como regla de conducta general, vinculante para todos, es necesario que se produzca una extensión de su uso y la prueba de la común aceptación. A su vez el uso generalizado es prueba de que tal práctica responde a necesidades o mutua utilidad sentidas por la mayoría de las naciones.

- *Dificultad de la prueba de la existencia de una regla consuetudinaria.*

Para que una prueba singular provoque después una cadena de adhesiones y se instale como norma obligatoria en una comunidad necesita todo un conjunto de calidades que se dan con dificultad. No toda moda se inserta en el acervo cultural de un pueblo hasta llegar a ser parte integrante en él.

Por eso, la valoración de la cadena de precedentes de una regla consuetudinaria no siempre es una línea recta, sino que en su camino se produce inflexiones y reacciones contrarias hasta que se asienta y consolida.

Debido a la insolidaridad y antagonismo de las naciones ha sido siempre difícil que los usos se hayan

consolidados como prácticas generalizadas. Por ello ha sido siempre importante el papel jugado por las grandes potencias en la formación del D. consuetudinario.

La dificultad de la prueba se produce además por:

- La norma consuetudinaria es evolutiva, cada vez que se aplica se la consolida y recrea. Todo acto de aplicación supone una modificación.
- Al contrario que la norma escrita que se impone como dato previo al órgano que la aplica, en la consuetudinaria, el órgano que la aplica está continuamente decidiendo sobre su existencia.
- *Valoración de la doctrina como prueba de la existencia de la regla internacional consuetudinaria.*

En sistemas jurídicos como el español, se niega a la doctrina todo valor normativo. No ocurre lo mismo en el pensamiento anglosajón, que aunque tampoco la transforma en reglas jurídicas vinculantes, si que le atribuye relevancia en el proceso probatorio de que una práctica se haya transformado en regla consuetudinaria. Esto es lo que afirma el art. 38 del Estatuto de TIJ.

- *El DI como parte del D norteamericano.*

La posición del Common Law es que por ser las reglas consuetudinarias del DI parte de su D. interno, estas reglas deben ser investigadas y aplicadas de oficio por los Tribunales americanos.

Nº 3

- Naturaleza del DI. Libertad originaria de los Estados. Imperfección del DI como sistema jurídico.
- Territorialidad: Noción y alcance. Aplicación extraterritorial de las leyes estatales, incluso las de naturaleza penal.
- Coordinación de competencias entre los Estados. Límites que el DI impone.
- La soberanía base de la jurisdicción de los Estados.

## CASO DEL LOTUS

( TPJI, sentencia nº 9, 1927)

SUPUESTO:

Lotus, vapor francés que aborda a un buque turco fuera de las aguas territoriales produciendo muertes.

Cuando el Lotus arriba a Estambul, al oficial francés se le imputa homicidio involuntario. Éste alega falta de jurisdicción del Tribunal turco que es desestimada sobre la base del art. 6 del C.P turco, por el que se le condena.

Francia alega la competencia exclusiva del Estado del pabellón y de acuerdo con el gobierno turco plantea dos cuestiones al TPJI:

- ¿Ha actuado Turquía en contradicción con los principios del DI?.
- Si es así, ¿ que reparación, según Di, correspondería al oficial francés?.

Tesis francesa:

- La convención de Lausana no permite a los Tribunales turcos conocer causa criminal contra

francés fuera de territorio turco.

- El DI no permite a los Estados extender su competencia penal tan sólo por la nacionalidad de la víctima.
- El principio de la Libertad de los mares lleva a la competencia exclusiva del Estado del pabellón

**Tesis Turca:**

- Los navíos en alta mar son parte del territorio de la nación cuyo pabellón enarbolan; siendo el lugar del delito el vapor turco, la competencia de Turquía es como si se hubiera producido el hecho en territorio turco.

**FALLO:**

El DI rige las relaciones entre Estados independientes. Las reglas jurídicas que vinculan a los Estados tienen su origen en la voluntad de éstos manifestada en acuerdos o en usos generalizados.

La limitación que el DI impone a todo Estado, salvo regla que lo autorice, es la de prohibir todo ejercicio de su poder sobre el territorio de otro. En este sentido, la jurisdicción es territorial ya que no puede ejercer fuera del territorio, si no existe acuerdo o regla consuetudinaria que lo autorice.

Pero de aquí no se sigue que el DI prohíba a los Estados ejercer en su territorio, su jurisdicción sobre un asunto originado en el extranjero o donde el DI no le preste su apoyo, por ejemplo, el alta mar.

La territorialidad del D. penal no es, por consiguiente, un principio absoluto del DI ni se confunde con la soberanía territorial.

**OBSERVACIONES**

En relación con este caso es importante determinar:

- La naturaleza del D. internacional.
- La determinación del ámbito de aplicación de las leyes estatales.
- La coordinación de competencias penales entre Estados.
- *El consentimiento como base de la regla internacional.*

Estando la sociedad int. formada por Estados independientes y siendo el DI el conjunto de normas que rigen sus relaciones las reglas que les obliguen han de ser previamente establecidas de mutuo consentimiento. Si no hay regla previamente consentida la presunción está a favor de la Libertad originaria de cada Estado.

Este razonamiento sirvió de apoyo a la tesis turca, pero hoy en día es insuficiente para explicar la realidad internacional ya que responde a una visión de insolidaridad profunda entre Estados, valorándose hoy más la interdependencia y cooperación o solidaridad entre ellos.

- *El Territorio como base de las competencias que los Estados ejercen según el DI.*

En la sentencia hubo opiniones individuales disidentes que se basaban en que la soberanía territorial definía el ámbito jurisdiccional de los Estados y que estos, sólo excepcionalmente podían separarse de este principio siempre que hubiera norma expresa que lo autorizase. Además, en alta mar se imponía el principio de la libertad de los mares que junto con el respeto a la soberanía de cada Estado afirmaban el principio de la competencia exclusiva del Estado del pabellón para juzgar a los miembros de su tripulación.

Sin embargo, la sentencia mantiene que la jurisdicción de los Estados no tiene porque coincidir con su soberanía territorial ya que estos gozan de gran libertad en la configuración de los ámbitos de aplicación de sus leyes sin que el DI les imponga criterios precisos a la hora de confeccionar su legislación interna.

Ello prueba la imperfección del orden jurídico internacional, ya que si el DI por su propia naturaleza se impone a los D. Internos de cada Estado, la consecuencia sería la ordenación por aquel de los ámbitos de las soberanías de estos.

Muy lejos de ello el TPJI reconoce que el principio no es la regla sino la libertad, es decir, cada Estado traza los límites a los ámbitos de aplicación de sus leyes.

- *La territorialidad en la aplicación de las leyes penales.*

Existe la idea generalizada de que las leyes penales son eminentemente territoriales, es decir, se aplican a todos los que se hayan en el territorio del Estado correspondiente. Ello no excluye que las normas penales se interesen por conductas delictivas realizadas fuera del ámbito territorial del Estado que las promulga y ello porque los Estados no son soberanías territoriales sino personales.

Los Estados tutelan bienes jurídicos que pueden ser amenazados de diferentes modos y ninguno renuncia a castigar al autor de conductas lesivas para esos intereses o bienes, sean o no nacionales, estén o no en su territorio.

El TPJI señala: La territorialidad del D. penal no es un principio absoluto del DI y no puede confundirse con la soberanía territorial.

Nº 4

- El consentimiento de los Estados base de la jurisdicción de los Tribunales internacionales.
- En el DI no hay un principio general de jurisdicción obligatoria en los Estados. Noción de sumisión previa. Atenuación de esta regla en el caso de las opiniones consultivas.

## ASUNTO DE LA CARELIA ORIENTAL

(TPJI, Opinión Consultiva, nº 5)

Como una manifestación más de la regla del consentimiento en la constitución de toda obligación internacional tenemos que la competencia de todo Tribunal se funda en la previa sumisión a él de todos los Estados sobre los que dicho Juez ejerza jurisdicción.

**SUPUESTO:**

Competencia del TPJI para dirimir un conflicto entre Finlandia y URSS sin sometimiento del 2º.

El Tribunal rechaza su competencia argumentando que él sabe que no ha sido invitado a dirimir una diferencia, sino a dar una opinión consultiva. Sin embargo, responder a la cuestión equivaldría a decidir sobre un conflicto entre las partes cosa imposible en el caso concreto por faltar el consentimiento en una de ellas.

**OBSERVACIONES:**

*1ª) La sumisión previa como fundamento de la competencia.*

**El TPJI se inhibe por el hecho de que la URSS no era miembro de la S. de N. y por tanto no estaba integrada en el sistema de solución pacífica de esta organización. Si la URSS hubiera sido miembro, el tribunal probablemente hubiera afirmado su competencia, interpretando la condición de miembro como un principio de sumisión a su competencia consultiva.**

*2º) La competencia consultiva como instrumento de colaboración del TPJI en los modos organizados (no judiciales) de solución de diferencias internacionales.*

**El consentimiento es el fundamento de la jurisdicción del Tribunal en materia contenciosa, esta es, cuando el Tribunal resuelve de forma vinculante para los Estados. Otro es el caso en materia consultiva según la jurisprudencia del TPJI (en época posterior al caso que nos ocupa) ya que el ejercicio de esta competencia es un acto de colaboración con las NU. Por consiguiente, ningún Estado, miembro o no de NU, puede oponerse a la prestación de esta colaboración por parte del TIJ. Tampoco el TPJI debe rehusar el prestar tal colaboración puesto que la falta de consentimiento no es relevante a efectos de oportunidad. Además las opiniones consultivas no son vinculantes para los Estados.**

### **REFLEXIÓN FINA:**

**Siempre ha quedado fuera de las consideraciones del TIJ el problema de la igualdad procesal de las partes.**

**La experiencia de las NU muestra que no todos los Estados están en igualdad. Las grandes potencias han gozado de una posición privilegiada respecto de las demandas de solicitud, de hecho las opiniones consultivas han sido un instrumento más de su política internacional.**

### **RELACIONES ENTRE EL D.I Y EL D. INTERNO.**

#### **• INTRODUCCIÓN**

**Nº 5**

- Relaciones entre el DI y el D. Interno: Concurso entre un deber internacional del Estado y exigencias constitucionales internas. Vacío Legal.**
- Coordinación de competencias internacionales de los Estados: Competencia penal internacional del Estado español. Ley Orgánica del Poder Judicial.**
- Extradición sin tratado. La no-extradición del nacional.**

### **ASUNTO JAIME BELLA**

**(Consejo de Estado. Secc. Estado y Gracia y Justicia. Nº 42.876)**

#### **SUPUESTO:**

**Español huido de la justicia de Odesa y refugiado en Constantinopla. La legación rusa pide auxilio a la española para que lo detengan y se lo entreguen para ser juzgado.**

**El Ministerio de Estado español dice que se le entregue al Gobernador de Barcelona para que resuelva sobre el Tribunal competente para enjuiciarlo.**

**El embajador ruso en Madrid solicitó la entrega del presunto delincuente.**

**El juez de primera instancia de Barcelona dictó auto de inhibición lo que confirmó la Audiencia**

ordenando que el detenido fuera devuelto al Ministerio de Estado. Este pide al Tribunal ruso que le remita el tanto de culpa que resultare contra Bella para poder procesarle ya que al no existir sentencia ni acusación los datos suministrados no eran bastantes a la detención de éste.

Bella recurre por el procedimiento ilegal del que había sido objeto, sobre todo por lo prolongado de la detención y la puesta en libertad bajo fianza sin mediar procesamiento.

**Informe del Consejo de Estado:**

- La extradición sólo puede ser exigida cuando exista un tratado que la establezca.
- Por otra parte, los Estados han proclamado el principio absoluto de la no entrega de los propios nacionales.
- En virtud de los arts. 339 y 340 de la LOPJ los Tribunales españoles son componentes, en determinadas condiciones, para conocer delitos cometidos en el extranjero por españoles; no hay obstáculo a una aplicación retroactiva de tales reglas o hechos cometidos con anterioridad a su vigencia porque se trataba de normas procesales y el D. procesal es siempre susceptible de aplicación retroactiva.

Sin embargo, no es el Poder ejecutivo o sus órganos quienes pueden resolver de la competencia de un Tribunal, sino los propios tribunales de justicia fallando según ley.

## **OBSERVACIONES**

Caso que pone de manifiesto la complejidad de las relaciones entre el orden jurídico int. y los ordenamientos internos.

Debido al proceso que se había llevado a cabo y a la confluencia de normas distintas (jurídico internacionales e internas españolas), se crea una situación de vacío legal: Por una parte no se encuentra un tribunal competente en España que pueda enjuiciarlo y por otra la imposibilidad de entregar al detenido al gobierno ruso por el principio de la no entrega de los propios nacionales.

- *Imposibilidad de la extradición: La no-extradición de los propios nacionales.*

El consejo argumentó un doble fundamento:

- Como no existía un tratado internacional de extradición, España no accede a la entrega que se le solicita. Probablemente el Consejo extrae esta imposibilidad de entrega del D. interno español.
- Durante el S.XIX se fue configurando en el ámbito internacional la norma de la no-extradición de los propios nacionales. Fundamento reconocido en diversos tratados (Hispano- Ruso 1877). Esta norma es una concreción del principio de soberanía y por lo tanto, de la jurisdicción de los Estados por razón de las personas.
- *Falta de competencia de los Tribunales españoles.*

No había Tribunal que pudiera declararse competente, según ley, respecto de un delito cometido por español en el extranjero. Por eso los autos son de inhibición.

En virtud del principio de la separación de poderes, únicamente son los Tribunales los que podían apreciar su propia competencia, sin intromisión del Poder ejecutivo o de sus órganos.

La propuesta del Ministerio de Estado a la Audiencia de Barcelona era una invasión de competencias de los Tribunales.



La detención prolongada y la libertad bajo fianza sin mediar procesamiento infringían los arts. 3y 4 CE de 1869.

- *Promulgación de la LOPJ. Retroactividad de los arts 339 y 340.*

Con esta ley quedaba regulada la competencia internacional penal del juez español.

¿ Es sostenible, entonces, la tesis del Consejo de la aplicación de estas reglas con carácter retroactivo a hechos cometidos con anterioridad?.

El Consejo lo afirma fundándose en la naturaleza presuntamente procesal de dichas reglas. Aunque estas parecen ser algo más que nuevas reglas modales o de procedimiento.

- DERECHO INGLES
- DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO

Nº 6

- El D. Consuetudinario. Necesidad de un acto interno de repetición. Teoría de la transformación o recepción.
- Separación de poderes: A los jueces corresponde aplicar las normas promulgadas por el Parlamento.

**EL FRANCONIA (1876)**

**SUPUESTO**

En el Canal de la Mancha, a una distancia inferior a 3 millas de la costa inglesa, El Franconia buque alemán abordó al Stratchclyde, de pabellón inglés, ocasionando el hundimiento de éste con muerte de un pasajero.

El capitán del barco alemán fue acusado de homicidio involuntario.

Durante el proceso se suscitaron dudas sobre la falta de jurisdicción del tribunal, y éste remitió el caso a la Court for Crown Cases Reserved, quien declaró la falta de jurisdicción del Tribunal inglés ya que Inglaterra carecía de un poder jurisdiccional sobre esas aguas.

**SENTENCIA**

El Tribunal considera que el acuerdo extranjero por un delito cometido en el extranjero con muerte de un nacional inglés no puede ser enjuiciado por dicho tribunal si no existe un texto legal expreso que le faculte para ello.

Respecto a la existencia o no de un consentimiento generalizado de las naciones para considerar a las aguas marítimas dentro de las 3 millas como jurisdicción plena del Estado litoral, la sentencia afirma que ese posible consentimiento unánime sería bastante a autorizar a los Tribunales ingleses a aplicar sin mediar un acto parlamentario lo que sería una ley nueva. Estaríamos usurpando las competencias del Poder legislativo.

Una cosa es afirmar que el poder legislativo de un país, en virtud del asentamiento general de las naciones, ha adquirido el D. a legislar sobre una parte de lo que antes era considerado alta mar y otra muy diferente afirmar que las leyes del litoral, en esa franja, pasan a ser automáticamente y sin más

aplicables a extranjeros, o que, independientemente del legislativo, los tribunales de éste país pueden aplicar tales leyes.

## **OBSERVACIONES**

- *El valor normativo en el D. inglés de las reglas consuetudinarias del D. internacional.*

La existencia o no de jurisdicción en los Tribunales ingleses para el enjuiciamiento de este supuesto dependía de la naturaleza y consideración que el mar territorial tuviera en el D. inglés, lo que a su vez exigía un pronunciamiento sobre el valor de la regla consuetudinaria internacional en este D.

Y todo era necesario en virtud de la fuerte tendencia territorial del D. penal inglés. ( Al contrario de la posición sostenida por Turquía en el caso Lotus).

- *Relación Parlamento y tribunales.*

En el caso de que exista una norma internacional que confiera una franja de mar territorial en entera soberanía a los Estados con litoral, ello no obliga a declarar la competencia de los tribunales para el enjuiciamiento del supuesto; era necesario un acto expreso del Parlamento sometiendo ese espacio marino a la jurisdicción de los Tribunales ingleses, medida legislativa inexistente en ese momento.

Todo ello responde a la doctrina que se conoce con el nombre de teoría de la transformación o de la recepción. Es decir, se necesita un acto específico de naturaleza normativa para que una norma internacional forme parte y se incorpore como regla jurídica en el D. de ese Estado.

Más tarde una ley inglesa corrigiendo a la sentencia, declaró ámbito jurisdiccional inglés a las aguas territoriales.

## **Nº 7**

- **D. Consuetudinario:** Aplicación por los Tribunales. Prueba. Teoría de la incorporación.
- **Doctrina del acto de Estado:** actos de política exterior.

## **WEST RAND CENTRAL GOLD MINING CO**

(Supuesto of de king's Bench, 1905)

## **SUPUESTO**

Antes de la guerra Inglaterra/República De Africa del sur, funcionarios de ésta confiscaron dos lingotes de oro a la mencionada compañía de nacionalidad inglesa.

Gran Bretaña anexiona dicha República y los peticionarios fundándose en la doctrina de la sucesión de Estados, demandaron a la Corona por entender que el Estado inglés se había subrogado en las obligaciones de la R de A.S.

## **SENTENCIA**

No existe norma de DI que respalde tal petición salvo que el Estado que anexiona aceptará mediante tratado tales obligaciones.

El DI forma parte del D. inglés, pero para formularlo así deberá ser probado que tales normas están

aceptadas como vinculantes entre las naciones y que el DI antes de ser aplicado, deberá ser probado como cualquier otra regla, a través de una prueba suficiente, bien estableciendo que ella ha sido reconocida y aplicada por tribunales ingleses o bien que ha recibido un reconocimiento tan generalizado que difícilmente se puede suponer vaya a ser rechazada por un Estado civilizado.

## OBSERVACIONES

- *Recepción de normas consuetudinarias de DI en el D. inglés.*

La sentencia esta a favor de la aceptación de esa regla general por el D. inglés cuando ha sido aprobada por las naciones civilizadas. Sin mencionar si Inglaterra ha participado o no en su formación.

En contraste con el fallo, ésta sentencia no exige un acto específico de recepción, basta con la prueba de haber obtenido ese asentimiento generalizado.

- *Doctrina del acto de Estado*

Es doctrina generalizada que el ámbito de la relación exterior de los Estados sigue siendo todavía uno de los reductos más firmes de la doctrina del acto de Estado.

En el D. inglés es un privilegio de la Corona, esto es, del gobierno; y los órganos judiciales se abstienen de enjuiciar los actos del ejecutivo en materia de política exterior. Pero en la noción del acto de Estado no esta comprendida la relación entre el Gobierno y sus nacionales, aunque ella afecte a materia de política exterior, lo que crea un espacio vacío inmune a la acción legislativa del Parlamento y a la tutela judicial del ciudadano inglés, abandonándolo así en manos del ejecutivo.

- **TRATADOS INTERNACIONALES**

Nº 8

- **Tratados Internacionales:** sus efectos normativos internos. La posición del tratado en el D. inglés.
- Privilegio de la corona en la conclusión de acuerdos internacionales.
- Su ejecución interna cuando afecta a D. individuales no está cubierta por la doctrina del acto de Estado y es controlada por los tribunales.

## WALKER V. BAIRD Y OTROS

( 1892, English Law Reports)

## SUPUESTO

Un comandante de la Armada inglesa fue demandado por reparación de daños y perjuicios al haber ocupado diversos criaderos de langosta en las costas de Terranova. El demandado alega que lo hizo por una orden recibida de la Corona, en virtud de un tratado entre Inglaterra y Francia, por lo que dicha orden es un acto de Estado para el cual no es competente el citado tribunal.

## OBSERVACIONES

- *El tratado internacional en su función normativa interna.*

¿Cuál es, en este sentido, la posición y función del tratado internacional?. Los acuerdos int. en tanto que

pactos entre Estados, contemplan y afectan a los D. y deberes int. de las partes; son primariamente actos de Estados y entre Estados. Ahora bien, DI y D interno no son comportamientos estancos, muy al contrario, las normas de DI es un presupuesto necesario en la solución de problemas jurídicos de D. interno. Por ello es necesario conocer la posición jurídica del DI (consuetudinario o paccionado) en un sistema jurídico concreto.

La consideración jurídica que tengan tanto las normas generales de DI como las normas paccionadas de los acuerdos int. dependen de las Constituciones de cada uno de esos Estados contratantes.

- *El privilegio de la Corona inglesa en la conclusión de acuerdos internacionales.*

En las Monarquías el poder de conclusión de acuerdos int. era privilegio del Rey, privilegio que actualmente ha pasado al Gobierno. Siendo ello acto de Estado o de Gobierno no justiciable.

Esta era el sentido de la excepción interpuesta contra la reclamación: los actos realizados por funcionario público, estaban en conexión con ese privilegio de la corona, eran expresión y participación de sus funciones y por tanto inmunes a la acción de los Tribunales.

Las relaciones jurídicas del gobierno inglés con sus ciudadanos están reconocidas por ley, de ahí la necesidad de un acto previo del Parlamento para que el tratado constituya D. interno. Por consiguiente, las normas internacionales convencionales, si no se da esa condición, no afectan a los D. individuales establecidos por la legislación interna.

- *El Tratado internacional como acto del ejecutivo preferentemente.*

En la propia estructura del DI se encuentra la explicación de por qué el tratado int. ha sido tradicionalmente, y hoy lo sigue siendo, un acto del poder ejecutivo. Pero por dos vías se ha dejado sentir la influencia de las constituciones estatales de los Estados democráticos:

- Vía del control parlamentario.
- Vía del carácter normativo de los tratados int.

Desde esta última se llega a la exigencia de participación de las Cámaras en los procesos de conclusión de acuerdos int. Unas veces porque las propias estipulaciones del tratado contienen cláusulas que por si mismas afectan a D. y deberes de carácter privado y otras porque estipulan obligaciones que repercuten en la modificación de la legislación interna de los Estados.

- **RELACIONES ENTRE LA NORMA CONSUECUDINARIA DEL DI Y EL D. ESCRITO (Statute Law)**

Nº 9

- **D. inglés: Relaciones entre la norma consuetudinaria del DI y el D. interno escrito ( Statute Law). Prevalencia del segundo.**
- **Interpretación del D. interno sobre la base del DI.**
- **Ámbito de aplicación de las normas penales inglesas. Referencia al DI.**
- **Derecho del mar: Aguas de soberanía inglesa. Las bahías cerradas.**

**MORTENSEN V. PETERS**

( Court of Justiciary Scotland, 1906)

## SUPUESTO

En 1889, el Departamento de pesca escocés promulgó un reglamento que prohibía la pesca de arrastre en la bahía de Moray, lo cual tiene en algunas partes una anchura superior a las 6 millas.

Por ello, los ingleses comenzaron a registrar sus barcos en Noruega con la idea de eludir la nueva legislación, en virtud de las normas de DI con tal de no pescar dentro de las 3 millas.

Mortensen, danés que patroneaba un arrastrero noruego y que pescaba en la bahía, aunque fuera de las 3 millas, fue apresado. Su defensa mantiene que una ley que establece delitos sólo es aplicable a súbditos británicos o a extranjeros en territorio británico.

Mortensen no era británico y pescaba fuera de las 3 millas, es decir, fuera de territorio británico. En consecuencia, el recurrente no caía bajo el ámbito de aplicación de tal ley.

Sin embargo, la prohibición no es absoluta de hacer algo, sino de hacer algo en determinado lugar por lo que establece una fuerte presunción de que se legisla para ese territorio y respecto de cualquier persona. Además ¿puede afirmarse que, según el D. escocés el lugar en que se realizó la pesca está fuera de lo que el legislador estima como vinculado por la ley?.

## OBSERVACIONES

- *Conformidad o disconformidad de la ley interna inglesa con las reglas generales del DI.*

Puesto que la prohibición establecía un *Locus delicti* para la bahía, fuera de las tres millas, la duda era si la ley penal debería producir efectos sólo a súbditos británicos o *erga omnes*, según es normal en las leyes penales.

El tribunal declara que la ley puede ser interpretada como una prohibición general y por tanto aplicable a ciudadanos no británicos.

El recurrente, por el contrario, considera que al ser el ámbito de aplicación fuera de las tres millas también, el reglamento sólo podía aplicarse a ciudadanos británicos. Y además, considera también que el legislador inglés había contradicho las normas internacionales generales que, por lo demás, forman parte del propio D. británico.

El tribunal no entra a controlar la conformidad o disconformidad del D. inglés con el DI. Para él, una norma legal es ley suprema y así la aplica.

- *Contradicción entre una norma escrita inglesa y las normas Generales del DI.*

En el sistema jurídico inglés, el juez no tiene posibilidad de apartar la norma escrita, contraria al DI para dar preferencia a éste. Por tanto, tampoco puede controlar la disconformidad o no de la ley interna con las norma generales del DI.

- *Observaciones marginales.*

Dos cuestiones influyeron en la opinión del Tribunal:

- Cambio de pabellón en los buques para evitar la aplicación de la ley, pero que en realidad seguían siendo ingleses.
- La condición de bahía: espacio más o menos cerrado, acotado así por la legislación pesquera inglesa,

aunque en contradicción con el D. del mar de la época.

Ante un conflicto normativo entre una regla escrita y una norma consuetudinaria, se trata de interpretar la escrita de forma que no entre en colisión con la regla internacional y con la presunción de que el legislador inglés no ha querido ir contra el DI.

En el caso de que los términos de la ley sean claros y no admitan interpretación distinta, el juez inglés hace prevalecer la ley interna sobre el DI, sin tomar en consideración que ello puede ser un supuesto de responsabilidad internacional para el Estado inglés.

### **C) DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.**

#### **Nº 10**

- El Tratado Int. como suprema ley del país.
- Efecto directo o self-executing.
- Equiparación del tratado a la ley federal.

**EDYE V. ROBERTSON**

( STS de EEUU, 1884)

#### **SUPUESTO**

Se alega que una ley del Congreso está en contradicción con TI anteriores. Por lo que tal ley estaba afectada de nulidad.

#### **SENTENCIA**

Según la constitución de EEUU, un TI tiene la misma categoría que las demás leyes votadas en el Congreso. Por consiguiente, un TI es ley suprema del país como ley del Congreso. Pero al no tener una categoría superior a la de una ley del Congreso, éste puede modificarlo o revocarlo por otra ley posterior.

#### **OBSERVACIONES**

- *Equiparación del Tratado a la ley federal*

El TI se ocupa de la regulación de las relaciones entre Estados, pero en determinadas circunstancias pueden constituir D. y deberes de carácter individual en las personas privadas. Es entonces cuando se equipara el tratado con la ley federal, en el sentido de dar supremacía al TI sobre las leyes de los Estados miembros pero en ningún modo estaríamos constitucionalizando al Tratado.

Ahora bien, esta doctrina no ha dejado de plantear dificultades prácticas por lo que se aplica el principio de la ley posterior: La ley interna posterior derogaría al Tratado cuando así consta claramente como voluntad del Congreso.

- *Clases de Tratados.*

La Constitución garantiza la supremacía de los TI resueltos según procedimiento previsto en ella: ratificado por el Presidente después de la previa aprobación del texto por 2/3 del Senado. Pero se ha creado una segunda categoría de acuerdos internacionales menos solemnes (Executive agreements) que

requieren la ratificación presidencial pero sólo mayoría simple de la Cámara. ¿Son estos también ley suprema del país?.

- *Efecto directo de los Tratados.*

Para que una norma jurídica pueda ser objeto de una aplicación directa por los Tribunales es preciso que tal norma sea susceptible de una ulterior aplicación sin intervención alguna del Legislador nacional. En este caso hablamos de normas de efecto directo o self executing. Más que de tratados en su conjunto es a la norma concreta a la que hay que atender para saber su idoneidad a efectos de aplicación judicial.

#### **D) D. FRANCES. RELACIONES ENTRE TRATADO Y LEY**

Nº 11

- Art. 55 de la Constitución francesa. Tratado y bloque de la constitucionalidad. Constitucionalidad y primacía del Tratado.
- Primacía o aplicabilidad del Tratado respecto de la ley.
- Tratados y actos normativos unilaterales conexos con normas convencionales.
- Jurisprudencia francesa.

#### **• INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO**

( Decisión del Consejo Constitucional, 15 Enero 1975)

#### **SUPUESTO**

Un grupo de parlamentarios franceses acude al Conseil Const. En demanda de que se declare inconstitucional la mencionada ley de interrupción del embarazo, elaborada por el Parlamento y todavía no publicada. Entendían que era contraria al art. 2 de la Declaración de los D. del Hombre (francesa), a los arts. 55 y 61 de la Constitución y el art.2 de la Convención Europea de los D. del Hombre. No obstante, el Conseil Const no considera dicha ley contraria a la Constitución.

#### **OBSERVACIONES**

- *Perspectiva histórica de las relaciones Tratado-ley en el sistema jurídico francés.*

Tradicionalmente se considera que el conflicto entre ley y tratado debía ser resuelto a favor del acuerdo internacional, si este era posterior. De lo contrario, si el tratado era anterior a la ley, se aplica la doctrina Matter es decir, se hacía prevalecer a la ley en reconocimiento al legislador francés: función suprema del juez. Esta solución se fundamentaba en el carácter sagrado de la ley y en el principio de la separación de poderes.

Pero estaba en contra del principio general francés de respeto al orden internacional y por consiguiente de la concepción monista con primacía del DI. Desconocía igualmente la jurisprudencia del Tribunal Comunitario sobre la prevalencia de éste D. interno de los países miembros.

- *La función del Conseil Constitutionnel. Limites de su competencia.*

La función del Conseil es limitada. No es un órgano del Poder del Estado, ni una instancia arbitral con capacidad de mediación entre los distintos poderes del Estado. El art. 61 de la Constitución francesa lo reduce a un órgano judicial en sentido estricto.

- *Interpretación del art.55 de la Constitución.*

**La inconstitucionalidad de la ley impugnada se puede entender:**

- En virtud de la infracción, esto implicaba el hecho de la contradicción de la ley de interrupción del embarazo con el art.2 de la Convención europea. Se trataría de un control de la actividad legislativa de la Asamblea Nacional y Senado francés.
- En virtud de que el art. 55 instrumentaba una vía de Constitucionalización de las normas convencionales en las condiciones por el previstas. Es por ésta vía por la que el Conseil encamina la inconstitucionalidad alegada.

**El Conseil Constitucional entiende que:**

- El mandato contenido en el art. 55 podía cumplirse sin tener que recurrir a la constitucionalización del Tratado.
- Y que los términos del art.55, aunque garanticen al tratado int. una superioridad sobre la ley no implican que el respeto a esa superioridad tenga que asegurarse mediante el control de la conformidad de las leyes con la Constitución.

**Resumiendo, estaríamos ante dos situaciones diferentes:**

- La del art. 55, cuya garantía de eficacia no estaría encomendada al Conseil.
- La del examen de la constitucionalidad, previsto en el art. 61, al que el Conseil reduce su competencia.
- *Apreciación final.*

**El Conseil afirma la facultad del juez ordinario para aplicar una norma comunitaria con preferencia sobre una ley posterior contraria, por la técnica de la no-aplicación de ésta última.**

## **b) CONSEJO DE ESTADO, SENTENCIA NICOLO**

### **SUPUESTO**

**R.G Nicolo presenta demanda ante el Consejo de Estado solicitando la anulación de las elecciones al Parlamento Europeo, por entender que tales elecciones debían concretarse al territorio europeo de Francia sin extenderse a los de ultramar.**

**Añadía que no sólo se había incumplido la ley francesa, sino el art. 227,1 del Tratado de Roma.**

### **FALLO**

**Considerando que la ley francesa dice que el territorio de la República constituye una circunscripción única y que según la constitución, los Departamentos y territorios franceses forman parte de la República francesa, tales territorios y departamentos están incluidos en la circunscripción única.**

**Con respecto a las estipulaciones del art. 227,1 del T de R. Hay que decir que no son incompatibles con las leyes francesas antes mencionadas.**

### **OBSERVACIONES:**

- *Sentido del cambio jurisprudencial.*



Esta decisión constituye un cambio de inflexión importante en la jurisprudencia del Conseil de Estado francés sobre la relación del TI con la ley contraria posterior. El Conseil en su posición tradicional no negaba el valor del art. 55, simplemente no se sentía habilitado a garantizar su eficacia dentro del ámbito de su competencia por respeto a la separación de poderes.

Pero esta posición era insostenible. No se entendía la contradicción entre un sistema que como el francés se consideraba monista con primacía del orden internacional y la negación de los efectos internos del TI cuando se oponía a él una ley contraria posterior.

En el caso se declara la no-incompatibilidad de la regla interna con la internacional lo que presupone que a partir de ahora, el Conseil, está dispuesto a declarar la incompatibilidad cuando así resultare de las circunstancias del caso.

- *La nueva interpretación del art.55*

El Comisario del Gobierno sugiere una nueva lectura del art.55 de la Constitución. Éste podía ser interpretado como un mandato dirigido al legislador, para que en su actividad legislativa respetara la primacía del orden internacional.

Pero a partir de la sentencia Nicolo podía ser entendido también como una regla de jerarquía normativa a garantizar por los jueces bien:

- Con la técnica de selección entre dos normas contrarias, interna e internacional incompatibles, inclinándose siempre a favor de ésta última (técnica de juez norteamericano).
- O bien operando un juicio directo sobre la validez de la norma interna respecto del Tratado internacional.

Según el Comisario del Gobierno la técnica a usar era la b, aunque esto suponía una derogación al principio de separación de poderes.

Las razones por las que se consideraba necesario un cambio de jurisprudencia eran:

- Necesidad de superar la contradicción entre la jurisprudencia del Consejo de Estado y la de la Cour de Cassation.
- Necesidad de acomodar el D. francés al D. comunitario.
- Establecer la armonía de decisiones entre las distintas jurisdicciones.

## CONCLUSIÓN:

El Consejo de Estado francés, desde el punto de vista de la integración europea, ha hecho uso y abuso en muchas ocasiones del denominado acto claro con el fin de excluir el recurso a la vía prejudicial instrumentada por el art. 177 CEE, eludiendo con ello la intervención del Tribunal de Luxemburgo que es quien tiene claridad sobre la interpretación de un texto comunitario.

## E) D. ALEMAN. REGLAS GENERALES DEL DI.

### Nº 12

- Valor *Cuasi Constitucional* de las reglas generales del DI. Incorporación por la vía del art. 25 de la Constitución.
- Jerarquía normativa de estas reglas dentro del sistema jurídico alemán.
- Relevancia de estas reglas en la situación jurídica de los individuos.

## LEY FUNDAMENTAL DE BONN

**Art. 25:** Las normas generales del DI público son parte integrante del D. federal, prevalecen sobre las leyes y crean de modo directo D. y obligaciones para los habitantes del territorio federal.

### COMENTARIO DE TEXTO:

El art. 25 determina la relación entre las reglas generales del DI. y el D. interno.

Se puede decir de modo genérico, que el orden jurídico int. impone a los Estados una obligación indeterminada de respetar, dentro de su sistema jurídico, las reglas generales internacionales. Pero lo que no les impone es el modo concreto de establecer tal relación.

El D. alemán, extremando su interés y apertura hacia el orden jurídico int. ha querido dar rango constitucional a la regla que así lo establece. La norma del art. 25, pues, va mucho más allá de la aplicación que el DI impone, por cuanto constitucionaliza esta obligación genérica.

- *Orientación favorable del D. alemán hacia el orden internacional.*

El art. 25 establece una obligación general del sistema jurídico de la RFA hacia todas las reglas generales del DI. y no de forma sectorial como la establece el art. 10,2 de la Constitución española para los D. fundamentales.

- *Noción de reglas generales del DI.*

Las normas a las que se refiere el art. 25 y que se reciben en el D. interno alemán son las generales, es decir, las aceptadas por la mayoría de los Estados. Frente a las particulares del D. Consuetudinario internacional de carácter regional o local.

Se consideran normas generales del DI. además de las normas consuetudinarias, las que entran en la categoría de principios generales del DI.

El D. internacional convencional está excluido de dicho art. ya que es D. escrito y no constituye normas generales.

- *Parte integrante del D. federal.*

El art. 25 garantiza que esas reglas y principios generales del DI. pasen a ser parte integrante del D. interno alemán, sin necesidad de acto alguno de transformación o de incorporación.

Las consecuencias de esta incorporación son:

- Obligación general en todos los órganos públicos del Estado alemán de orientar sus conductas según las pautas que establezcan estas reglas y principios.
- Obligación, de dichos órganos, de conocerlas y aplicarlas ex officio.
- Fijación del campo de aplicación espacial de las normas alemanas.
- *Jerarquía normativa de las reglas generales.*

El art. 25, además de garantizar la inserción de las reglas generales del DI en el sistema jurídico alemán, les confiere una jerarquía normativa. Tal jerarquía depende exclusivamente de las Constituciones estatales:

- En el nivel inferior de normas del Common law.
- Como ley federal en los EEUU.
- Inferior a la Constitución pero superior a las leyes federales en la RFA.
- Etc.
- *Contenido de las reglas generales.*

Dos problemas se ha planteado la doctrina, el del efecto directo y el de la reserva de ley exigida por determinadas Constituciones en algunas materias.

- Efecto directo:

En la teoría general del D. se distinguen dos momentos en la aplicación de cualquier regla:

- La vigencia: todos los órganos estatales de la RFA están en la obligación de reconocer la vigencia dentro del ordenamiento jurídico alemán de una regla general del DI.
- La aplicabilidad o aplicación de hecho: que puede depender de su publicación o de su concreción.

#### b) Reserva de Ley

Las reglas generales del DI son inhábiles, a pesar de su carácter supralegal, respecto de la exigencia normal en las Constituciones democráticas modernas, en la denominada reserva legal, allí donde la Constitución respectiva exige una medida Legislativa previa como condición de la validez del acto normativo ulterior.

- *Crean directamente D y deberes en los habitantes del territorio federal.*

Se trata de habitantes o residentes en el territorio federal, y no de ciudadanos de la RFA. Con ello, la norma se pone en línea con la creciente tendencia a considerar a la persona individual como sujeto del orden jurídico int. en determinados respectos.

Puesto que el art. 25 recepciona el DI tal como es, y este es eminentemente un D. interestatal, sus reglas carecen de la relevancia que debieran en la protección del individuo.

No obstante, dicho art. tiene la ventaja de reforzar esa orientación *sympathica* hacia el orden jurídico int.

Y aunque las reglas generales, por no ser normas estrictamente Constitucionales, no son actas para fundar un recurso de amparo sí dan vía a otra clase de recursos constitucionales.

Nº 13

- Reglas generales de D. I: El DI. no contiene norma alguna (art. 25 ley Fundamental) que obste a la aplicación del principio de la competencia universal en el D. penal alemán.

#### COMPETENCIA PENAL INTERNACIONAL EN ALEMANIA

( Sentencia BGH, 1976)

#### SUPUESTO

Ciudadano holandés que sin pisar territorio de la RFA es condenado por tribunal alemán a pena de

cárcel acusado de tráfico de drogas.

El Tribunal se fundó en el art. 6 n° 5 de CP alemán que dice que el D. alemán es aplicable, independientemente del lugar de la comisión a todos los actos delictivos de distribución de drogas aunque sean realizados en el extranjero. El recurso se fundó en la presente incompatibilidad con el art. 25 de la ley federal que prohibía la intromisión de un Estado en la jurisdicción penal de otro.

## **FALLO**

- No son incompatibles los preceptos citados. El art. 25 afirma tan sólo que las normas generales del DI son parte integrante del D. federal y que prevalecen sobre las leyes.
- No existe en el DI norma alguna que esté en contradicción con la del art. 6 n° 5 del CP.
- El legislador alemán considera la lucha contra la droga un principio de competencia universal, es decir, que si no es mediante tratado que lo prohíba, no puede negarse validez al art. 6 n° 5 del CP.

## **OBSERVACIONES**

El principio de competencia universal está inspirado en la idea de la protección int. a bienes jurídicos y es irrelevante que los hechos que los lesionen hayan sido cometidos en el extranjero, incluso cuando en el lugar de la comisión tales hechos no estén penados.

El recurrente a una regla general del DI: la de no-injerencia de unos Estados en los ámbitos competenciales de otros. El criterio que impondría límites a tal injerencia sería el de la soberanía territorial del otro Estado.

El Tribunal declara que tal regla de DI de no-injerencia no existe. Por el contrario, lo que sí existe es la aceptación generalizada del principio de competencia universal en función de la gravedad del bien jurídico lesionado.

Aclarado esto, hay que decir que la detención del delincuente sólo puede ser resultado de una acción policial alemana en territorio alemán o bien el resultado de una extradición si en su patria no es justiciable según sus leyes.

## **F) DERECHO ESPAÑOL**

- **NORMAS GENERALES DEL DI**

### **N° 14**

- Incorporación de las reglas generales del DI al D. español. Art. 7 de la Const. Republicana de 1931.
- Art. 7.1 del borrador de la Const. de 1978: Incorporación de esas reglas equiparándolas a las leyes.
- Toma en consideración de las reglas y principios generales del DI en la jurisprudencia del T.S y práctica del Consejo de Estado.

## **PRINCIPIOS JURÍDICOS**

- Art. 7 Constitución 1931: El Estado español acatará las normas universales del DI, incorporándolas a su D. Positivo.
- Art. 7.1 del Borrador de la CE de 1978: Las normas generales del DI tienen fuerza de ley en el

## **Ordenamiento jurídico español.**

- **Art. 10.2 CE de 1978:** Las normas relativas a los D. fundamentales y a las libertades que la CE. reconoce se interpretarán de conformidad con la declaración de D.H. y los tratados y acuerdos int. sobre las mismas materias ratificadas por España.

## **OBSERVACIONES**

- *Sentencias del TS en materia Civil.*
- *STS 25 de Noviembre, 1864.*

El sucesor de un mayorazgo intentó declarar nula la venta de una finca realizada por madre en 1811 con autorización del Rey intruso D. José Bonaparte.

La petición de nulidad se basaba en el Decreto de la Regencia de 1810, del Consejo de Castilla de 1808 y las Cortes de Cádiz de 1811 que declaraban nulos los actos del Gobierno intruso.

Se desestima la demanda por entender el Tribunal que tal nulidad se refería al D. público, orden y régimen de Estado pero no al D. privado que tiene por objeto satisfacer las necesidades de la sociedad y es conforme con el D. de gentes.

- *STS 23 de Octubre, 1873.*

El señor Auduce vendió una finca española al Sr. Piccioni. A causa del impago, el primero formuló demanda ante un Tribunal danés.

El demandado opone la falta de jurisdicción del Tribunal danés por entender que le correspondía a los Tribunales españoles.

El Sr. Auduce alega falta de competencia de los Tribunales por ser ambos, comprador y vendedor extranjeros.

## **SENTENCIA:**

Hay un principio de DI que regula los D. de la potencia ocupante en territorio ocupado que establece que los problemas deben solucionarse ante los tribunales en los que se encuentren los bienes. Por lo cual es incuestionable la competencia de los tribunales españoles.

Las dos sentencias coinciden en aplicar directamente, sin ni siquiera justificarlo, principios generales de DI. Aunque durante la vigencia de la CE de 1931 se hizo aún más patente en el D. español esa apertura hacia el orden jurídico int.

- *Aplicación por el Consejo de Estado de las normas generales del DI.*

## **SUPUESTO**

Un ciudadano argentino es detenido en Barcelona a instancias del Gobierno de aquel país, solicitando su extradición. Al no estar incluido el delito de estafa en el tratado de extradición entre ambos países, se pide informe al Consejo de Estado.

## **INFORME DEL Consejo De Estado**

La legislación española recogía el derecho de asilo, en virtud del cual la jurisdicción de un país no alcanzaba a los ciudadanos de otro. Pero se establecieron tratados que excepcionaban, según el delito, ese D.

La ley 4-12-1855 decía que no se podían extraditar a los delincuentes políticos y que lo contrario no podrá estipularse en ningún tratado. Lógicamente, esta expresa prohibición pone de manifiesto la facultad del Gobierno para extraditar en los demás casos.

El art.7 de la C. Republicana obliga al Estado español a acatar las normas del DI y a incorporarlas a su D. positivo y una de éstas es la del mutuo apoyo para lograr la extraterritorialidad de las leyes penales sin otros límites que los delitos políticos y el de los actos que penados en un país, no constituyan delito en el otro.

## **b) TRATADOS INTERNACIONALES**

### **1) EL TRATADO INTERNACIONAL EN LA CE DE 1978**

#### **a')COMENTARIO AL ART. 96 CE.**

Nº 15

- Valor normativo interno del tratado internacional.
- Validez y publicación como condiciones de la incorporación.
- Jerarquía normativa de los tratados int. en el D. español.
- Rango normativo y aplicabilidad de una norma convencional.

#### **TEXTO DE LA C.E DE 1978**

( Art. 96)

- Los tratados validantes celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del DI.
- Para la denuncia de los tratados y convenios int. se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el art. 94.

#### **OBSERVACIONES**

El Tratado es un acto de política exterior y por tanto de la competencia del poder ejecutivo básicamente. Pero también es un acto de naturaleza normativa, creador de reglas jurídicas vinculantes para los Estados y para las personas individuales. Esta dualidad del T.I lo convierte en un hecho jurídico-político que genera tensiones competenciales entre el Gobierno y el Parlamento.

Solución inglesa: en caso de conflicto entre la norma de un T.I y una ley, los tribunales ingleses aplican la ley en contra del Tratado.

Solución francesa: justo la contraria a través de la reinterpretación del art. 55 de su Constitución.

Solución española: el art. 96 CE no adopta una posición clara con respecto a este problema y en particular sobre:

- Modo de recepcionar los T.I en el D. español.

- Rango normativo del T.I en el ordenamiento j. Español.
- Relación del T.I. con la ley española.

Además, confunde el valor normativo del tratado con el modo en que se constituyen o derogan las obligaciones int.

- *Recepción de los T. Internacionales.*

La incorporación de éstos al D. interno español depende de :

- De su validez:

Un T.I puede ser válido en el plano internacional y sin embargo ser irregular para determinadas exigencias del D. español lo que plantearía una cuestión

de ratificación imperfecta.

- De la publicación:

Es la que determina la incorporación del T.I al D. español. Con lo que hay una aceptación automática del acuerdo int., debidamente ratificado, mediante su publicación oficial.

Debe quedar claro que la publicación no es ni puede ser una exigencia del D. general.

Está todavía por aclarar quien tiene la obligación de publicar los T.I que el gobierno concierte. ¿ el Ministro de A.E.? ¿la Presidencia del Gobierno?.

Conviene distinguir nítidamente entre vigencia y aplicabilidad. Una norma está vigente cuando ha sido debidamente promulgada o integrada en el O. Jurídico concreto. La aplicabilidad, supuesta su vigencia, depende de que se trate de una norma técnicamente idónea para ser susceptible de sea aplicación. Por ej.: Una norma necesitada de ulterior desarrollo por una normativa reglamentaria, existe y es valida, pero no susceptible de aplicación directa.

Concretando, la norma de un T.I será susceptible de ser aplicada directamente si ha sido publicada en el D. español y si técnicamente es susceptible de esa aplicación.

En consecuencia, nos encontramos:

- T.I que no necesitan publicación para ser incorporados al D. español. Los que van dirigidos a la Adción pública sin relación alguna con intereses particulares.
- La publicación es condición *sine qua non* cuando imponga obligaciones a los ciudadanos.
- Los T.I validos, aunque no se hayan publicado en España, crean D. para los particulares siempre que éstos demuestren su vigencia y aplicabilidad.
- El D. Comunitario, primario y secundario, no necesita la publicación en España, le basta la publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
- *Rango normativo del Tratado.*

En el borrador del texto constitucional se hacía alusión a la superior jerarquía de éste. En el texto definitivo no queda más que un mandato del legislador constitucional al ordinario para que no legisle en contra de las obligaciones contraídas previamente por el Estado Español. Es decir que mientras no conste lo contrario, el juzgador se inclinará siempre, dentro de la latitud que le deje la ley interna, a favor de la interpretación conforme a la obligación int.

- *La denuncia de los Tratados. Relación entre T.I y ley interna.*

La denuncia es un acto unilateral de cancelación de obligaciones en virtud de una cláusula implícita en el propio tratado, que tan sólo produce efectos extintivos en el caso de tratado bilateral, cuando este es unilateral habrá que hablar de retirada más que de denuncia.

Según la CE, la denuncia necesita el acuerdo de las cámaras si el T.I fue ratificado con aprobación parlamentaria. En cambio no necesita tal aprobación si el tratado fue autorizado por ley Orgánica.

En buena Lógica, si el Parlamento tiene facultad para legislar, esa misma facultad debe ejercitarla para derogar la ley establecida. Pero en la relación int. la situación es otra; si de conformidad con una determinada Constitución un gobierno necesita la aprobación parlamentaria para ratificar un tratado, no está dicho que la necesite también para modificarlo o denunciarlo.

#### **b') SENTENCIA DEL TC DE 1991**

**Nº 16**

- Constitucionalidad de las leyes españolas por referencia a reglas comunitarias.
- Interpretación de los arts 93 y 96 CE.
- La Violación de una regla de D. Comunitario incorporada por el art. 93 CE no es necesariamente infracción de esta regla.
- La garantía que el art. 96 CE contiene no da a las normas incorporadas la condición de constituciones, sino de aplicación preferente, que podrá exigirse ante los tribunales ordinarios y por el recurso a la cuestión previa: art. 177 TCEE.
- La primacía del D. Comunitario ( DC) sobre el D. Interno Español no se garantiza por la Constitucionalización del primero.
- Principios constitucionales. El D. a la autonomía o el pluralismo político no imponen constitucionalmente una determinada forma en la configuración del mandato parlamentario ante el Parlamento Europeo.

#### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 14, FEBRERO, 1991**

**Recurso de inconstitucionalidad impuesto por el Parlamento Vasco contra los arts. 211 y 214 de la ley Orgánica del Régimen Electoral General ( LOREG).**

#### **SUPUESTO:**

Según el P. Vasco estos arts eran incompatibles con el art.5 de una Decisión de la CECA que permite el doble mandato parlamentario europeo y nacional.

El art. 211 impide la acumulación con el mandato en el Parlamento europeo de cualquier otro mandato parlamentario, ya sea en las Cortes Generales como en cualquier Asamblea autonómica.

En lo que respecta al art. 211 la argumentación del P. vasco se basaba en la Constitucionalización de dicha regla comunitaria por obra de los arts. 93 y 96 CE la impugnación del art. 214 se fundaba en el D. a la autonomía del art. 2 que consagraría un principio previo a la propia CE.

**El representante del Estado contesta:**

- La alegada inconstitucionalidad es consecuencia de una defectuosa



comprensión de lo que está sea.

- Aunque se aceptase la posible contradicción entre una norma europea y otra española, no por eso hay violación necesariamente del art. 93 CE. Esta es una norma de procedimiento para cuando se transfieran competencias derivadas de la Constitución a organismos internacionales. Por otra parte, no corresponde al TC revisar la conformidad o disconformidad entre una ley española y una norma de D. Comunitario.
- Tampoco se infringe el art. 96, ya que éste sólo garantiza la prelación de aplicación de un TI debidamente ratificado y aplicado, pero no la validez de la ley interna contraria a las normas de un acuerdo internacional.

#### **FALLO:**

El recurrente vincula erróneamente al art. 5 del Acta Electoral Europea como canon de constitucionalidad del art. 211 de la LOREG. Pero aunque tal vinculación existiera, no quiere ello decir que por mor del art. 93 se haya dotado a las normas de D. Comunitario de rango constitucional, ni que una posible infracción de aquella norma por una ley española entrañe necesariamente una conculcación del art. 93 CE.

Tampoco ningún T.Int. recibe del art. 96 CE más que la consideración de norma que forma parte del Ord. Interno; de manera que la supuesta contradicción de los Tratados por las leyes no es cuestión que afecte a la Constitucionalidad de éstas y, que por tanto deba ser resuelta por el TC. Sino que corresponde a los órganos judiciales en los litigios que conozcan. En suma, una eventual infracción de este tipo 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.

#### **OBSERVACIONES:**

El recurso de inconstitucionalidad contra los mencionados arts. de la LOREG se substanció por dos vías diferentes:

1ª– Funda la presunta contradicción entre el art. 211 de la LOREG, que hace incompatible la acumulación del mandato como parlamentario europeo y como parlamentario de las Cortes generales o Autonómicas en la misma persona y el art. 5 de la Decisión del AEE que lo permite.

2ª– La del art. 214 LOREG que hace del territorio nacional colegio electoral único a efectos de elecciones al Parlamento Europeo, en contradicción con los arts. 1,1 y 2 CE que garantizan el pluralismo político y la autonomía de nacionalidades y regiones.

- *La función del art. 93 CE.*

El TC caracteriza el art. 93 como una norma procedimental ya que regula el proceso de ratificación de acuerdos internacionales, lo cual no quiere decir que tales acuerdos constitucionalicen en modo alguno, ni que una posible violación de ellos suponga infracción constitucional. En la opinión contraria hay confusión entre la Constitucionalización de una norma y la primacía del D. Comunitario, originario o derivado.

- *interpretación del art. 96 CE.*

Con claridad meridiana, el TC afirma: Que ningún TI recibe del art. 96 CE más que la consideración de norma que forme parte del Ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los TI por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la

Constitucionalidad de estos y que, por tanto, deba ser resuelto por el TC. Es una cuestión de selección normativa y en el supuesto de tal eventual contradicción, los tribunales españoles, al igual que todos los comunitarios, están en la obligación de inaplicar la norma española y aplicar la comunitaria.

### c') DECLARACIÓN DEL TC DE 1992

Nº 17

- **Recurso previo de inconstitucionalidad.** Alcance del art. 95 CE. Relaciones entre el art. 93 y el 96 CE.
- **Naturaleza jurídica de las declaraciones del TC:** son decisiones judiciales vinculantes, aunque no sean sentencias y el procedimiento no sea contencioso.
- **Cuestiones procesales:** fuerza de cosa juzgada, principio de congruencia.
- **El problema de la mutación constitucional en la CE en virtud del impacto del D. Comunitario.**

### DECLARACIÓN DEL TC DE 1 DE JULIO DE 1992.

( Sobre posible contradicción entre la CE y el tratado de la CEE)

El art. 8B,1 de TCEE dice así: Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá D. a ser elector y elegible en las elecciones municipales en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

Surgen dudas sobre la conformidad con el art. 13,2 CE y hay propuestas para reformar la Constitución como paso previo a la ratificación para no incurrir en una ratificación imperfecta.

Se solicita la colaboración del Consejo de Estado que dice: Hay tratados cuya ratificación no requiere la vía del art. 93 ( los que no transfieren competencias a las instituciones comunitarias). Para la de otros, en cambio serán necesario el mecanismo del art. 168 de la revisión constitucional previa. Pero entre ambos hay algunos que si requieren la vía del art. 93, con lo cual se rompe la rigidez de la ratificación que afectará competencias derivadas de la Constitución .

El TC estima que no cree que exista contradicción entre el art. 8B,1 TCE y el art. 23 con lo cual no es necesario acudir al procedimiento del art. 168 CE dado que tal precepto no consagra un D. a ocupar cargos y funciones públicas, sino simplemente prohíbe que el legislador pueda regular el acceso a tales cargos en términos discriminatorios.

Pero es el art. 13.2 quien restringe determinados D. reconocidos en el art.23 a los españoles exclusivamente y desde este punto de vista, el art. 8B,1 por contradecir a la CE no podría ser objeto de ratificación sin la previa revisión de la norma fundamental, como dispone el art. 95,1.

### OBSERVACIONES

- *Los tratados comunitarios y la reforma constitucional.*

Los dos únicos preceptos de la CE que pueden en teoría entrar en juego en la mutación del texto constitucional con ocasión de la ratificación de un tratado comunitario son el 93 y el 95.

El 93 sólo en el sentido de que prescinde del procedimiento ordinario para otorgar la autorización parlamentaria para ratificar, al exigir que ésta sea prestada por ley orgánica cuando en el acuerdo haya transferencias de competencias derivadas de la CE. Por lo que, en el caso concreto, bastaría con la autorización parlamentaria previa prestada mediante ley orgánica.

La del art. 95 es la de disponer la reforma constitucional previa a la ratificación una vez que se compruebe la incompatibilidad entre las normas de un acuerdo comunitario y las de la CE.

- *Aspectos procesales.*

Dice el TC: De nosotros puede solicitarse una declaración o una decisión, no un dictamen o mera opinión.

Este tribunal no deja de serlo para transformarse ocasionalmente en cuerpo consultivo aun cuando este procedimiento no haya de poseer naturaleza contenciosa, no por eso deja de ser interprete supremo de la Constitución.

En consecuencia, sus declaraciones poseen los efectos de cosa juzgada y producen efecto erga omnes.

- *Cuestiones marginales.*

El TC. ha rechazado el intento de utilizar la vía del art. 93 como un camino de reforma implícita o tácita de la CE.

Con el mismo vigor ha colocado al art. 95 como guardián de la legalidad Constitucional frente a todo intento de desconocimiento de ésta, afirmando que: Los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones int. o supranacionales que al ejercer *ad intra* sus atribuciones. Es esto precisamente, y no otra cosa, lo que ha querido preservar el art. 95.

## 2)EL TRATADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1931

### Nº 18

- Conclusión de tratados internacionales. Poderes del Presidente de la República en la negociación, firma y ratificación de los tratados internacionales.
- Intervención necesaria de las Cortes en la autorización parlamentaria para ratificar: Naturaleza legislativa de esta intervención del art. 76 CER.
- Necesaria intervención del Consejo de Estado en el procedimiento de conclusión de acuerdos internacionales como alto órgano consultivo de la Adción. Momento oportuno de esta intervención.
- Validez de un acuerdo int. imperfectamente ratificado.
- Conclusión de T.I: D. intertemporal. La validez de los actos constitucionales necesarios en la conclusión de un acuerdo int. debe ser juzgado según el D. Constitucional vigente en el momento de la ratificación de cada acto. Principio de continuidad en la relación exterior.

## DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO DE ENERO DE 1932

–El 30 de Marzo de 1931 plenipotenciarios de España y Holanda firman un tratado de conciliación, arreglo judicial y arbitraje en la Haya.

Cumplimentados por Holanda los requisitos previos, necesita la ratificación del Gobierno de la República.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el art. 76 CER atribuye al presidente competencias para negociar, firmar y ratificar TI y que en el apartado 2º de dicho art. se condiciona estas competencias a los TI de carácter político y que sólo obligarán a la Nación si han sido ratificados por las Cortes. ¿Cuál es la opinión del Consejo?.

## **RESPUESTA:**

Del art.76 CER se desprende que la facultad del Presidente de ratificar tratados Int. está condicionada por la circunstancia de que los tratados de carácter político, los de comercio, los que suponen gravamen para la Hacienda pública o los ciudadanos, los relativos a la Org. Int. del trabajo y, en general, todos aquellos que exijan medidas de orden legislativo, sólo obligaran a la Nación si han sido aprobados por las Cortes.

Sentadas las anteriores premisas, entiende el Consejo de Estado que entre los Tratados que exigen la aprobación de las Cortes están los de conciliación, arreglo judicial y arbitraje, no sólo por ser políticos y poder originar importantes limitaciones para la soberanía estatal, sino porque en virtud de ellos pueden provenir gravámenes para la Hacienda P.

## **DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO DE FEBRERO DE 1932**

**Convenio de arbitraje entre España y Francia firmado el 10/7/29.**

Según el art. 54 CE de 1876, corresponde al Rey dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con las demás potencias, por tanto debe estimarse que la negociación y firma se hizo de acuerdo con la ley. Pero para que el Convenio entrara en vigor era necesaria la ratificación, y según el art. 55 CE 1876, el Jefe del Estado necesita ser autorizado por una ley especial para ratificar tratados de alianza ofensiva, los especiales de comercio, los que estipulen dar subsidios a otras Potencias y todos aquellos que pueden obligar individualmente a los españoles, y tal ley no llegó a dictarse.

Formulaba hoy la propuesta de ratificación, éste Consejo reitera la necesidad con arreglo a la nueva Constitución, de obtener la aprobación de las Cortes como condición previa a la ratificación del Presidente de la República. Dado que este Convenio se puede calificar entre los de carácter político que pueden afectar a la soberanía del Estado o a la Hacienda P. o a los ciudadanos individualmente, y que como tales han de ser sometidos antes de su ratificación a la aprobación de las Cortes.

## **OBSERVACIONES:**

El art. 76 atribuía al Presidente de la República poderes muy amplios en la conclusión de TI, pero a la vez establecía que una serie de acuerdos no podían ser validamente ratificados sin la previa aprobación de las Cortes, con lo cual vedaba ese amplísimo poder de contratación int.

Respecto de el valor a atribuir a un acuerdo imperfectamente ratificado, la Constitución es clara: Sólo obligaran a la Nación si han sido aprobados por las Cortes.

No obstante, en este apartado del art. 76 hay una carga monista poco acorde con el espíritu internacionalista general del texto Constitucional. La validez de los TI no dependía exclusivamente de la CER sino que fundamentalmente dependía del DI por lo que esta cuestión era entonces muy debatida.

## **3) TI EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA**

**Nº 19**

- ¿Primacía del T. sobre la ley?.
- El Tratado como ley especial.
- Interpretación de T: Distinción entre cláusulas políticas y cláusulas que afectan a intereses privados.

- Intervención del Consejo de Estado. Doctrina del acto de Gobierno.

#### **NOTA:**

Ninguna de varias sentencias del TS se apoya en textos constitucionales o legales españoles que les permita deducir de él, la superior jerarquía del TI por relación a la ley interna; no obstante todas ellas terminan dando preferencia al tratado sobre la ley o el reglamento interno.

#### **OBSERVACIONES:**

Un TI, susceptible de servir de base de un recurso de casación el TS lo acepta tal y como ha sido publicado. Sin entrar a controlar la posible irregularidad en su conclusión.

Si controla, en cambio, las normas advas. de desarrollo.

En la jurisprudencia contencioso– adva ha surgido la duda de hasta donde alcanzan el poder de interpretación de jueces y tribunales en materia de TI. Según el art.2 de la Ley Reguladora de la jurisdicción Cont–Adva no están sujetos a tal control los actos de los poderes públicos en materia de relación exterior. Pero esta categoría genérica la precisa la STS 27/2/70 diciendo que no puede ser considerada incluida en ella una Orden Ministerial dictada en ejecución de un TI por ser un acto de la Adción ordinaria. Y la STS 29/1/69 concreta y distingue el acto político del no político, no diferenciando tratado de D. público y tratado de D. privado como insinuaba la representación del Estado, sino según se trate de cuestiones que afecten al orden público internacional o al interés particular. En este último caso los Tribunales conservarían intacta su libertad de apreciación y enjuiciamiento.

Pero la cuestión principal es la del valor normativo del TI respecto de la ley. No ha habido dificultad para asimilarlo a la ley pero si para reconocerle jerarquía superior.

En la práctica el TI prevalece sobre la ley interna y no necesita del reconocimiento del superior rango jerárquico, basta con la utilización de estas dos vías:

- La de la competencia ligada o vinculada. STS 8/2/78: Subsistiendo la obligación internacional, no se aplicaran las normas de D. Común sin el acuerdo de las partes.
- El criterio de la ley especial no establece la prevalencia por un criterio de rango sino declarando al TI como ley especial a la que deben subordinarse las demás leyes penales.

#### **G) REMISIÓN DEL D. INTERNO AL DI**

Nº 20

- Remisión del D. interno al DI.
- La noción de contrabando de guerra en la interpretación de la cláusula de un contrato de D. privado.
- Cuestión prejudicial.

#### **EL PROMETEO**

(1906)

#### **NOTA ACLARATORIA**

Además que hay en el D. interno una recepción o incorporación de normas I. Existen otros modos de

relacionarse ambos sistemas, uno de ellos es el de la remisión: Una norma del sistema jurídico A (conflictual) remite a otro sistema jurídico B en función de la nacionalidad de B que posee la persona interesada H. H tendrá en el sistema jurídico A la misma capacidad que en B.

Las reglas de B no se incorporan a A, simplemente se aplican en ese caso concreto.

El DI y los D. estatales también pueden relacionarse según la técnica de la remisión. En el caso de la Barcelona tracción, es el DI quien remite al D.interno para la regulación de una institución jurídica de la que él carece. La inversa ocurre en este caso .

## **SUPUESTO**

El 10/2/1904 se firma un contrato de arrendamiento de buque entre Sánchez Wieler & CO. Y la Osaka S.K. Una de sus cláusulas establecía que el buque no transportará contrabando de guerra.

El 19/3/1904 el capitán recibe la orden, de los propietarios, de no cargar víveres y de rescindir el contrato por considerar a aquellos contrabando de guerra.

Los armadores que alquilaron el barco no estaban de acuerdo y acusaban al capitán de incumplimiento de contrato.

El arbitro plantea ante el TS de Hong-Kong la siguiente cuestión prejudicial: ¿Era contrabando de guerra?. ¿Era vinculante para los neutrales o se produjo en exceso de poder la declaración rusa.

El T.S. acude a la práctica internacional donde encontró un ejemplo de apresamiento de buque neutral en conflicto bélico por llevar como sobrecargo un ciudadano de potencia enemiga, lo que está prohibido por las reglas marítimas de la parte apresadora.

Sin embargo, un juez británico, considerando éste caso dijo que a pesar de que la parte demandada había hecho valer que una ley interna tiene la misma fuerza que un TI, el uno es convenio entre partes mientras la otra es un acto unilateral de un solo Estado y ningún país tiene D. a introducir aditamentos en el DI sin la participación de las demás potencias.

El Tribunal de Hong-Kong concluyó:

Que las declaración rusa, que modificaba la lista de artículos que constituían contrabando, se separaba de la costumbre de las naciones y por tanto carece de valor vinculante. Además el transporte no suponía contrabando de guerra y por tanto no puede tener relevancia en la aplicación del contrato de arrendamiento.

## **OBSERVACIONES:**

- *Sentido de la cuestión previa.*

Existía un pacto previo que no permitía al buque transportar mercancías que pudieran ser consideradas contrabando para evitar el riesgo de una posible captura. Ya que en el DI es buena presa cualquier transporte enemigo.

Y como esto es una noción específica de DI el arbitro hizo bien en remitirse al TS de Hong-Kong en demanda prejudicial para que dicha noción fuera precisada.

- *Noción de contrabando de guerra.*

Se ha distinguido tradicionalmente entre contrabando absoluto (armas y pertrechos directamente utilizables en el conflicto) y relativo (artículos alimenticios). Pero hoy la guerra económica atribuye valor estratégico a mercancías de uso estrictamente pacífico y civil.

- *Fundamento de la sentencia.*

Los Tribunales de presas se han caracterizado siempre como órganos judiciales cuya base de decisión es y debe ser primariamente el DI. El acto unilateral de un Estado que modifique normas int. no puede ser aceptado mientras no alcance un consentimiento general en los Estados de la comunidad int.

Por lo tanto es injustificado el incumplimiento del contrato.

- *Sentido de esa remisión al DI.*

En el DI no existe regla alguna que obligue a un Tribunal estatal a interpretar los contratados privados aplicando nociones jurídicas int. Tampoco existe en los ordenamientos estatales. Pero lo que si existe es la capacidad para que un sistema jurídico tome de otro determinadas nociones. El juez en este caso entendió que la noción de contrabando absoluto debía ser delimitada según el DI.

## FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

- **COSTUMBRE**

### Nº 21

- Costumbre int. regional. Prueba de la costumbre regional. Inoponibilidad de ello al Estado que no la haya aceptado.
- Costumbre: *Opinio iuris* como elemento esencial.
- Relaciones entre costumbre y tratado int.
- Calificación unilateral del delito político por parte del Estado que concede el asilo.

### CASO HAYA DE LA TORRE ( 1ª parte)

( TIJ. sentencia nº 7, 1950)

#### SUPUESTO

3/10/48: Levantamiento militar en Perú que fue inmediatamente sofocado.

El dirigente del APRA es apresado por su implicación en el levantamiento.

27/10/48: Nuevo levantamiento con éxito cuya junta militar forma consejos de guerra para juzgar los casos de rebelión y sedición. Pero sin carácter retroactivo, con lo cual no afecta a Haya de la Torre.

3/1/49: Haya de la Torre se refugia en la embajada de Colombia que le concede asilo diplomático, y por tanto demanda al Gobierno peruano la concesión de un salvoconducto que permita al asilado abandonar el país.

Perú sostiene que el asilo viola los arts 1 y 2 de la Convención de la Habana y el DI en general.

Las partes se someten a la decisión del TIJ.

## **FALLO:**

El Gobierno de Colombia alega el DI americano y una presunta costumbre regional o local.

La parte que invoca una costumbre así debe probar que ésta se ha constituido de tal manera obligatoria para la otra parte, que ha tenido un uso constante y uniforme.

Colombia ha citado un gran n° de casos en los que el asilo diplomático ha sido concedido y respetado. Pero éstos han sido respetados por el Estado territorial por considerar que era su deber y un D. correlativo del Estado concedente, y no por una razón de oportunidad como en nuestro caso.

Colombia también ha citado acuerdos y convenciones entre las que destaca la de Montevideo de 1931.

Pero el Tribunal no puede admitir que Colombia haya probado una tal costumbre. E incluso suponiendo que tal costumbre existiera entre unos pocos Estados de América Latina, esta no podría ser opuesta a Perú, quien, lejos de aceptarla, la ha rechazado al no ratificar las Convenciones de Montevideo de 1933 y 1939 que incluían una regla sobre la calificación del delito en materia de asilo diplomático.

## **OBSERVACIONES:**

- *Proceso de formación de la regla consuetudinaria.*

Colombia pretendía tener un D. de calificación unilateral del delito imputado y por el que su Gobierno había concedido el asilo. Éste D. lo fundaba en su interpretación de la convención de la Habana de 1928 y en una regla especial del DI americano. Preciso era determinar la existencia o no de esta regla como norma consuetudinaria local o regional.

El TIJ dice: No basta la mera acumulación cuantitativa de precedentes. Estos pueden ser extraídos de actos de diversa naturaleza, pero su uso debe ser constante y uniforme, y por supuesto, ser expresión de esa conciencia de necesidad social o uso obligatorio.

El art.38 del Estatuto del Tribunal formula que la Costumbre es prueba de una práctica generalmente aceptada como D.

Pero, si se parte de la posición continental de la costumbre como fuente del D., ella es generadora por sí misma, y no sólo prueba de DI. Si se acepta, la concepción anglosajona es el consentimiento de los sujetos el generador de la regla jurídico-int. y la Costumbre actúa como prueba de la existencia de esa regla.

- *Costumbre local. Prueba de esa Costumbre.*

El TIJ no se pronuncia sobre la existencia o no de una regla de calificación unilateral en el DIA ni si existe o no el D de asilo diplomático como institución regional. Pero, de una manera implícita, acepta la existencia de un asilo como práctica regional más allá de las reglamentaciones convencionales. Ahora bien, establece una imposición clara de la carga de la prueba al Estado que alega su existencia de esa costumbre local entre algunos Estados, ella será inoponible respecto de aquellos otros que la hubieran rechazado.

- *Relaciones entre costumbre y tratado.*

Uno de los fines de las convenciones es la sistematización de las normas consuetudinarias, aunque al



sistematizarlas las están innovando en cierta manera.

El argumento de Colombia era inconsistente, no basta que se hayan recogido en una convención para extraer sin más la consecuencia de que una norma de dicha convención es regla consuetudinaria, máxime si dicha convención no es general, dada el reducido numero de ratificaciones, y si ella misma se presenta como modificadora del régimen establecido en otros acuerdos int.

Nº 22

- **D. Consuetudinario: Su formación. D. Consuetudinario y D. natural.**
- **Relaciones entre el D. Convencional y el Consuetudinario.**
- **El carácter reservable de una norma convencional como prueba en contrario de la naturaleza consuetudinaria de la misma.**
- **Formación de la norma consuetudinaria desde la regla convencional: exigencias para que esto ocurra:**
  - **Densidad normativa de la regla.**
  - **Amplia participación de los Estados. Comprendidos los directamente interesados.**
  - **Valoración de los precedentes.**
- **D. Consuetudinario y ius cogens.**
- **Plataforma Continental: Naturaleza del D. que sobre ella ejercita el Estado ribereño. Delimitación de la plataforma: Criterio de la equidistancia.**

#### **PLATAFORMA CONTINENTAL DEL MAR DEL NORTE ( 1ª parte)**

( TIJ nº 51 y 52, 1969)

#### **SUPUESTO:**

Según la tesis danoholandesa, la RFA estaría obligada por la regla de la equidistancia como criterio a seguir en la delimitación de la plataforma continental en cuanto norma convencional consuetudinaria y a pesar de no ser parte este país en la Convención de Ginebra cuyo art.6 consagra dicha regla de la equidistancia.

#### **FALLO:**

El D. del Estado ribereño sobre su plataforma continental tiene como fundamento la soberanía que él ejerce sobre el territorio del cual esa plataforma es prolongación natural bajo el mar. Este D. no tiene porque probarse porque es originario sin que sea necesario proceder a un repartimiento entre los Estados interesados.

Por lo tanto, la Corte rechaza la petición de la RFA de obtener una parte justa y equitativa de las zonas sometidas a discusión.

Dinamarca y Holanda pretenden seguir un método que atribuya a cada Estado la zona que le sea más próxima a su costa que a la de otros, y ese resultado sólo lo permite la regla de la equidistancia.

Pero la cuestión principal es saber si el principio de la equidistancia se puede considerar como una norma de DI consuetudinario de manera que se le pudiera imponer a la RFA a pesar de que el art. 6 de la CG no le sea oponible.

El art. 6 ha establecido una regla precisa, pero únicamente en tanto que regla convencional. Queda por averiguar si ésta ha adquirido después un carácter consuetudinario, ya que como regla convencional no es oponible a la RFA.

Se han citado a lo largo del procedimiento una quincena de casos en los que los límites de la plataforma continental han sido establecidos según el principio de la equidistancia, pero más de la mitad de Estados, tanto si han actuado unilateralmente como si lo han hecho de común acuerdo, eran ya o han llegado a ser parte de la CG por lo que sus actos se inscribían en el marco de la aplicación de la Convención. Por lo que no puede deducirse legítimamente de aquí la existencia de una regla consuetudinaria que consagre la regla de la equidistancia.

Por lo que el TIJ concluye que si la CG no era declarativa de una regla de DI consuetudinario que obligara al empleo del principio de la equidistancia para la delimitación de la plataforma Continental, ella, por sus efectos ulteriores, no se ha constituido después en tal regla. La práctica de los Estados, hasta ese momento, es insuficiente a estos efectos.

#### **OBSERVACIONES:**

- *Naturaleza del D. que ejerce el Estado ribereño sobre su respectiva zona de plataforma continental.*

El fundamento de tal D. se encuentra en la soberanía territorial que el Estado ribereño ejerce en la tierra emergida y de la que la plataforma no es más que una prolongación. Al igual que en ésta, el D. es soberano, originario y no condicionado a repartimientos entre los Estados interesados.

Pero los Estados litigantes extraían de este dato consecuencias diversas. La RFA deducía de él la necesidad de un repartimiento equitativo; Dinamarca y Holanda creían poder derivar la aplicación del criterio de la equidistancia como una necesidad lógica.

El TIJ no ve en ésta última posición una consecuencia necesaria e ineludible del principio de soberanía territorial. Por ejem. Si la costa tiene grandes curvaturas, el principio de la equidistancia introduce desigualdades entre unos y otros y su aplicación exhaustiva iría contra el principio de que la plataforma es continuación natural de la masa continental emergida.

Ahora bien el principio aludido no lleva a la imposición de un método concreto de delimitación pero si establece una atribución directa de soberanía del Estado ribereño sobre la plataforma continental.

- *El carácter subsidiario de la regla. Consagración de una norma consuetudinaria, ya incoada, por los trabajos de la Comisión de DI y la Conv. de Ginebra.*

El criterio de la equidistancia fue presentado por Dinamarca y Holanda como una regla consuetudinaria de DI general, que puede recoger en una convención Int una de las siguientes posiciones:

- Si la norma consuetudinaria es anterior a la escrita, la convención tiene un carácter meramente declarativo, ya que la recoge, la aclara y la sistematiza.
- La convención recoge el proceso ya incoado de formación y la impulsa hasta consagrarla como regla consuetudinaria.
- La convención crea *ex novo* la regla introduciendo su práctica en terceros Estados hasta recibir la aprobación general.

La tesis Dano-Holandesa se articuló en base a las dos últimas, pero el TIJ la desestimó por dos razones: Una histórica y otra sistemática.

Por lo que se refiere al método de la equidistancia, la Comisión lo contempló como uno de los métodos posibles, pero no el único, puesto que también consideró el del acuerdo de las partes, el de la decisión arbitral, el de las líneas perpendiculares a la costa y el de la prolongación de la línea fronteriza.

- *Aparición subsiguiente del carácter consuetudinario de la regla.*

La fuerza de la tesis Dano–Holandesa estaba no en el carácter consuetudinario de la regla sino que en esa naturaleza de la norma la había adquirido con posterioridad a la vigencia de la CG. Esta regla, convencional en su origen, se habría transformado en consuetudinaria a través de la *opinio iuris*.

Pero para que esto suceda son precisos tres circunstancias:

- Fuerza normativa suficiente.

Desde un punto de vista formal, la misma fuerza vinculante posee el acuerdo entre dos Estados que el acuerdo tomado en el seno de una conferencia int. con una amplia participación.

Ambas reglas son normas convencionales, pero no tienen la misma carga normativa, lo que es imprescindible para su transformación en normas consuetudinarias.

- Participación de los Estados.

La tradicional larga práctica ha sido hoy sustituida por la participación en el número de Estados, sobre todo los interesados.

- La práctica ulterior de los Estados. Valoración de los precedentes.

El elemento material en la formación de la regla consuetudinaria es el uso repetitivo.

El TIJ procedió a analizar aquellos casos constitutivos de precedentes para probar la aparición de la regla consuetudinaria con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención. Y dando por suficiente el número, fue la disparidad entre ellos la que los invalidaba como precedentes constitutivos del elemento material de la regla consuetudinaria.

- **TRATADOS INTERNACIONALES**

Nº 23

- Tratados internacionales.
- El treaty-making power en un Estado federal.
- Articulación de la competencia interna dentro de un Estado federal y capacidad para la conclusión de tratados internacionales.

**MISSOURI V. HOLLAND**

(TS de EEUU, 1920)

**SUPUESTO:**

**8/12/1916:** EEUU y Gran Bretaña concertaron un TI para proteger determinadas aves migratorias.

**3/7/1918:** El Congreso USA promulga un Act. que prohíbe la muerte, captura y venta de aves

migratorias.

Missouri demanda a un guarda jurado que hacía cumplir dicha ley en base a que tal ley era inconstitucional por invadir D. que la Décima Enmienda reserva a los Estados miembros.

#### **FALLO:**

El TS no cree que para contestar a esta cuestión baste con referirse a la Décima Enmienda, que reserva a los Estados todos los poderes que no hayan sido transferidos a los EEUU, ya que el art.2 delega expresamente la facultad de concluir tratados y el art.6 declara que las leyes federales son ley suprema del país.

Si el Tratado ha sido válidamente concertado, no puede haber duda acerca de la validez de la ley promulgada. Por lo tanto, el problema se reduce a investigar por que causa se presume ahora que el caso presente constituye una excepción.

Una ley anterior del Congreso había intentado por si misma, y no en tanto que acto de ejecución de un Tratado int. regular la caza de aves migratorias, pero fue anulada al considerar el Tribunal de Distrito que tales aves eran propiedad de los Estados miembros de la que disponían con capacidad soberana.

Existe una gran diferencia: Las leyes del Congreso son ley suprema cuando se establecen en conformidad con la Constitución, mientras que los TI se les declara así cuando han sido concertados bajo la autoridad de los EEUU. Hay cuestiones de gran urgencia que no se pueden conseguir mediante una ley del Congreso y si, en cambio, mediante un TI.

En este caso está implicado un interés nacional de la mayor importancia. Éste solamente puede ser protegido por una acción nacional actuando de consuno con otra potencia. La materia objeto de regulación se encuentra solamente de paso en Missouri y no tiene en él hábitat estable...Por lo que no hay nada en la Constitución que condene al Gobierno federal a la pasividad, mientras se destruye una fuente de alimentación y a los protectores de nuestros bosques y cosechas.

#### **OBSERVACIONES:**

- *Generales.*

El Congreso había intentado regular esa situación pero sus disposiciones quedaron invalidadas por inconstitucionalidad al invadir un ámbito competencial que la propia Constitución reserva a los Estados miembros.

Pero en el caso actual, el Act. del Congreso no fue adoptado por propia iniciativa, sino en ejecución de un TI. ¿Es éste también inconstitucional?.

- *Competencia exterior y repartimiento interno de competencias en un Estado descentralizado.*

Junto al art. 2 hay que tomar en cuenta también el 6 C F de EEUU. Puesto que respecto de la responsabilidad int. poco importa que el acto ilícito haya sido realizado por un órgano estatal independiente o impune, es el Estado en cuanto tal quien resulta responsable sin que el Gobierno pueda hacer valer el obstáculo Constitucional que a él le impediría influir sobre la conducta ilícita del mencionado órgano o Estado miembro.

Dos tipos de desarmonía entre la capacidad de los órganos centrales para contratar internacionalmente y la distribución competencial interna.

- El Estado miembro niega la eficacia interna de un TI concluido por el Gobierno federal ( caso actual).
- El Estado miembro, desde la competencia interna que la Constitución le asigna en determinadas materias, tiene la pretensión de adquirir el Treaty-making power y aparecer en la esfera int. como un ente capaz de obligarse internacionalmente.

**Treaty-making power:** Poder que le otorga la Constitución a un Estado federal para poder obligarse internacionalmente.

- *El poder invasor de la competencia exterior.*

El ejercicio de la competencia exterior sobre multiplicidad de materias por los órganos centrales de un Estado federal, es una amenaza para la competencia originariamente reservada por la Constitución a los Estados miembros.

Nº 24

- Conclusión de tratados. Ratificación imperfecta.
- C.E.: Autorización parlamentaria para ratificar. Arts. 93 y 94,1 CE. La calificación del Tratado a efectos de la autorización para ratificar.
- El treaty-making power como competencia compartida por Gobierno y Parlamento.
- Const. Alemana: participación de los Länder en la competencia del Bund para la conclusión de TI. Correlación entre la competencia legislativa de los Länder y su poder de contratación int.
- Inserción de las normas generales del DI en el D. federal alemán: Art. 25 de la ley fundamental.

## CASO CONSTRUIDO

Supongamos que Alemania y España firman un TI pero surgen dudas respecto de su Constitucionalidad.

- *Del lado alemán:*
- En un procedimiento entre particulares una de las partes alega inconstitucionalidad porque el reglamento que le aplican, que emana de un Estado miembro (Land) es contrario a una regla consuetudinaria del DI.
- Otro argumento es que dicho tratado fue concluido por el Gobierno (Bund) sin participación del Gobierno del Land. Con ello el Gobierno federal había regulado por tratado materias que eran competencias de los Länder según la Constitución Alemana.
- *Del lado español:*

El problema surge en la ratificación. El Gobierno consideraba que era suficiente la mayoría (art. 94,1 y 74,2 CE), la oposición que tal autorización necesitaba ley Orgánica.

## COMENTARIO

- *Ideas generales*

Esta claro que estas irregularidades pertenecen a la categoría de las ratificaciones imperfectas. Y del lado alemán existe una dificultad añadida: La legislación interna de desarrollo de ese tratado no es compatible con una regla del DI.

- *Análisis del lado alemán*

- Compatibilidad de la norma reglamentaria con la norma general del DI.

Cuya solución esta en el art.25 LF según el cual tales normas han sido recibidas como parte integrante del D. federal, superiores a cualesquiera otras que no sean las Constitucionales. Por lo que el juez declarará el precepto interno inaplicable como contrario a una norma de rango cuasiconstitucional.

El recurrente alega la conclusión de un acuerdo int. sin la participación del Land, participación que garantiza la Const.

Pero lo que el art. 3 hace es conceder a los Länder una capacidad limitada de contratación int. en la medida en que pueden estos, con la aprobación del Gobierno federal, concluir TI dentro del marco competencial legislativo que ellos poseen.

El precepto atribuye esta competencia pero no la impone, con lo que el particular no puede reprochar al Land no haber hecho uso de esa competencia que la Const. le atribuye.

El art. 32 contempla no la conclusión del acuerdo por los Länder, sino la comunicación de la negociación de ese acuerdo que el Gobierno federal está en la obligación de hacer al Land y que en nuestro caso no hizo. Pero el art. 32 se refiere a un TI que afecte de modo especial a un Land, pero no cuando afecte a todos por igual por lo que tampoco aquí el particular esta legitimado para alegar una presunta irregularidad en el procedimiento de conclusión del acuerdo.

- *Análisis del lado español.*

El art. 93 CE instrumenta la necesaria autorización al Gobierno para ratificar un TI que implique transferencia de poderes soberanos a una OI mediante ley orgánica.

El art.94 CE, por el contrario permite que la autorización parlamentaria sea prestada sin necesidad de ley formal, ya que dice textualmente que los tratados y convenios que afecten a los D. fundamentales del Título I necesitan aprobación previa de las Cortes para que el Estado preste su consentimiento. No obstante, a causa de la especialidad de la regla, hay que atenerse al precepto más inmediato al supuesto regulado.

En el tema de la ratificación prevalece el art. 94 sobre el 81 que dice que han de ser leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los D. fundamentales y L. Públicas.

Pero si el tema se centra en la posible transferencia de poderes soberanos, nos inclinamos a pensar que habrían de ser las Cortes quienes autoricen ya que son estas quienes representan al pueblo español.

De todas formas en un conflicto entre órganos constitucionales ha de resolver el TC...

Nº 25

- Capacidad para concertar acuerdos int. en el D. Constitucional español.
- Concepto de relaciones internacionales del art. 149,1,3 CE.
- Interpretación de los arts. 93, 94,1 CE.
- Tratados int. administrativos.
- Relación entre la competencia normativa interna y el treaty-making power de los entes autonómicos.

**CONFLICTO DE COMPETENCIA ENTRE EL GOBIERNO DE LA NACIÓN Y LA JUNTA DE GALICIA**

( STC 20 de Julio, 1989)

**SUPUESTO:**

El 2/11/84 la Junta de Galicia suscribe un Comunicado de colaboración con la Dirección General del Medio ambiente del Gobierno de Dinamarca.

El abogado del Estado interpone demanda alegando invasión de competencias por parte de la junta dado que el art. 149,1,3 CE establece que son de competencia exclusiva estatal las relaciones int. además de que son los Estados y no los organismos político-administrativos inferiores los sujetos de DI.

La Junta de Galicia alegó que el Comunicado recurrido era un mero concierto o declaración de principios no vinculante y que se subsumía dentro del Estatuto de Autonomía.

**FALLO:**

Existe un acuerdo entre departamentos de la Junta de Galicia y una dependencia gubernamental de Dinamarca que el abogado de la Junta dice que no es vinculante ni obligacional mientras que el del Estado defiende lo contrario.

Es evidente que dependiendo de la eficacia del comunicado podrá entenderse o no lesionado el orden Competencial.

El Constituyente ha reservado en exclusiva a los órganos centrales del Estado la totalidad de las competencias en materia de relaciones int.

La cuestión es si el titulo competencial del art. 149,1,3 CE elimina cualquier forma de *ius contrahendi* de los entes autonómicos

Si es así, todo acuerdo int. celebrado por tales entes será inconstitucional. Además, el que el treaty-making power pertenece sólo al Estado no se deduce sólo del art. 149 aisladamente considerado sino que encuentra fundamento en los arts 93 y 94 CE que exige la intervención previa de las Cortes Generales autorizando la celebración del TI.

Y aunque existen otra clase de TI que no requieren autorización parlamentaria, sino la comunicación inmediata a las cámaras de su conclusión, también en estos compete al Estado su celebración.

Por tanto, el Tribunal declara la nulidad del acuerdo ya que la J. de G. ha realizado un acto ilegítimo desde una perspectiva interna, Constitucional, puesto que el *ius contrahendi* pertenece exclusivamente al Estado.

**OBSERVACIONES:**

- *General*

El presente asunto se inserta en la línea de un debate emprendido al servicio de determinados intereses políticos, en el que el fin es conseguir por la vía de la acción exterior unos niveles de autonomía e independencia que ni la Constitución ni los respectivos Estatutos de Autonomía le han otorgado.

- *Modelo de la Constitución española en la organización de la competencia exterior.*

En la reglamentación que se ha hecho en los Estatutos de Autonomía de la participación de los

Gobiernos autonómicos con el de la nación en la contratación int, se les ha reconocido únicamente D. muy limitados de información y en algunos casos de impulsión para sugerir al Gobierno central la conveniencia de concluir determinados tratados o acuerdos.

- *Naturaleza del convenio concertado.*

El Tribunal no se pronuncia al respecto de si es acuerdo o TI, pero si atenemos a quienes lo suscriben topamos con la Categoría de tratados que en la doctrina del DI son conocidos como acuerdos como advos. y a los que se les ha considerado siempre en el DI ( no así en el D. interno) como verdaderos tratados int. con la misma fuerza de obligar que los Tratados ordinarios o solemnes.

- *El sentido de la reivindicación autonómica sobre la competencia exterior.*

Dada la estructura de la sociedad y del DI, el treaty-making power lo poseen formalmente los Estados y determinadas Organizaciones int.

De hecho y de D. lo poseen quienes lo ejercitan ya que sólo pueden ejercitarlo quienes son sujetos de DI.

Dicho en otros términos: El ejercicio pacífico por parte de ciertos Gobiernos autonómicos españoles de actos de relevancia int., tolerado por una eventual pasividad del Gobierno de la Nación, supondría a la larga la adquisición por la puerta trasera de competencias que les fueron negadas en el debate Constitucional.

- **IMPERFECCIÓN DE LA REGLA JURÍDICO-INTERNACIONAL. PROBLEMA DE LAS LAGUNAS EN EL DI**

Nº 26

- Imperfección de la regla jurídico -int.
- Las lagunas en el DI. Clases. El recurso a la analogía y a la remisión.
- Las Lagunas y la función del juez internacional.

**HAYA DE LA TORRE (2ª parte)**

(TIJ. sentencia nº 14, 1951)

**SUPUESTO:**

Según vimos en el caso 21, Colombia no consiguió probar la existencia de una norma jurídica que le permitiera calificar unilateralmente, con efecto vinculante para el Estado territorial, la naturaleza del delito que motivaba el asilo.

El TIJ decidió que el otorgamiento del asilo no era conforme a lo establecido en la Convención de la Habana de acuerdo con la tesis de Perú que pretendió extraer de este pronunciamiento la obligación de entrega en la que estaría Colombia.

El TIJ dice que no por haber declarado la no conformidad con las normas int. del asilo concedido, se deducía necesariamente para Colombia una obligación correlativa de entrega del asilado a Perú.

También entendía el TIJ que la concesión del asilo diplomático esta sometido a las siguientes limitaciones:



- Carácter político del delito imputado.
- Que se trate de un caso de urgencia y durante el tiempo necesario para que el acusado sea puesto en seguridad.

Puesto que Perú discutía la naturaleza política del delito, a él correspondía la prueba de que el delito era común.

Pero también era necesaria la inminencia de un peligro para el inculcado cuya prueba correspondía a Colombia, y el TIJ llegó a la conclusión de que tal peligro no concurría en el caso concreto y advierte que no puede utilizarse el asilo como una protección frente a la aplicación regular de las leyes del Estado territorial, de otro modo sería aceptar que la acción diplomática podría legítimamente entorpecer el cumplimiento de unas leyes cuando una de sus funciones principales es la de respetarlas. Esto iría en contra del principio de la no intervención.

#### **FALLO:**

Las conclusiones de ambas partes tenían por objeto conseguir del Tribunal una decisión sobre la manera de poner fin al asilo.

Según la Convención de la Habana, el asilo diplomático es una medida provisional con vistas a proteger temporalmente a delincuentes políticos. Según el art.2.2 sólo será otorgado por el tiempo estrictamente necesario para que el refugiado se ponga en seguridad de otro modo.

El TIJ constata que la Convención no da respuesta completa a la cuestión de saber de que manera el asilo ha de tener fin aunque si dice que los delincuentes comunes han de ser entregados al gobierno local mientras que a los políticos se les concederá un salvoconducto para salir del país. En cuanto a los casos en los que el asilo no ha sido concedido de modo regular, no se prevé nada al igual que en el caso en que el Estado territorial no pida la salida del refugio.

El silencio de la convención implica que se ha querido dejar la regulación de estos supuestos de finalización del asilo a consideraciones de conveniencia o de simple oportunidad política.

El Tribunal llega a la conclusión de que el asilo debe terminar, pero que el Gobierno de Colombia no está obligado a cumplir con esta obligación entregando al refugiado a las autoridades peruanas. Y no hay contradicción entre ambas posiciones, ya que la entrega no es la única manera de poner fin al asilo.

La Corte considera haber cumplido con su misión al declarar la no conformidad del asilo otorgado con las normas convencionales entre las partes pero que de aquí no se deduce la obligación de entrega para Colombia. Perú se abstiene de solicitar al Tribunal la entrega y éste de dar cualquier consejo práctico sobre las vías que podrían seguirse para poner fin al asilo.

#### **OBSERVACIONES:**

##### • *Observaciones generales*

El problema de la imperfección de la regla jurídica (Lagunas), se plantea en el DI con más agudeza por faltar en este D. la función integradora del juez en los sistemas jurídicos internos y por la propia imperfección técnico-jurídica de la propia regla int.

La doctrina distingue entre Lagunas internas y externas. Únicamente cabría considerar como auténticas Lagunas externas aquellas en las que se hace necesaria la remisión a otro sistema jurídico.

En el DI abundan los casos de Lagunas externas aparentes, en los que la presunta inexistencia de una norma jurídica no significa que tal Laguna exista en realidad. Muchas veces lo que hay es la proyección de un deseo de que exista o deje de existir en el DI tal o cual regla.

- *Las Lagunas en el DI y la posición del juez o arbitro int.*

En el DI no existe un principio de jurisdicción universal. La que el Juez int. posee está limitada, primero por la sumisión de las partes y segundo por la aplicación estricta del DI, tal y como él se encuentra imperfectamente formulado.

No obstante existe una cierta acción integradora de la regla int. por el juez, aunque un tanto fluctuante:

- Por lo que hace al recurso a la analogía, a veces es la propia norma int. la que lo prevé y el juez no tiene inconveniente al utilizarla, en otras ocasiones el juez int. la utiliza sin estar autorizado.
- El art. 38 del Estatuto del TIJ ofrece al Juez int. normas a las que éste puede acudir en la determinación del D. aplicable al caso.
- *La solución en el caso concreto.*

Afirmaciones de principio:

- El asilo había sido otorgado por Colombia de modo irregular.
- Esta afirmación no implicaba necesariamente que de ella se derivase una obligación de entrega a Perú, puesto que ello sería contrario a las tradiciones de América Latina.
- El asilo diplomático, por su propia naturaleza, debe tener un periodo corto de duración.
- El art. 2 de la C. de la H. no regula el modo de poner fin al asilo en todos los casos posibles en que éste puede ser concedido.
- El TIJ no puede ir más allá de estas declaraciones, sin apartarse de su propia función judicial. Es decir, al estar falto de jurisdicción porque las partes no le habían autorizado a ello, el Tribunal no puede más que aclarar el D. existente sin decidir sobre el caso. Al contrario de lo que haría después en el asunto de la Plataforma del M. del N., no formula sugerencias a tener en cuenta en la negociación. Hay una invitación implícita a las partes para que procedan por la vía del arreglo, pero ni siquiera se llega a utilizar el término negociación.