



Universidad Nacional Autónoma
de México

FACULTAD DE DERECHO

EL TRATADO COMO FUENTE DEMOCRATICA
DEL DERECHO INTERNACIONAL

IMPRESO EN MEXICO
1971

T E S I S

Que para obtener el título de
Licenciado en Derecho

P R E S E N T A
HECTOR VELAZCO BARRERA

MEXICO, D. F.

1971



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Este trabajo se realizó
gracias a el asesoramiento
y Dirección del Lic. Manuel
López Medina.

PROLOGO	I N D I C E	Pág.
---------	-------------	------

C A P I T U L O I	1
-------------------	---

TEORIA GENERAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO.

- A).- Aceptación Jurídica del Término Fuente.
- B).- Principios que rigen en la Teoría General de las Fuentes del Derecho.

C A P I T U L O II	15
--------------------	----

LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL.

ARTICULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA.

- A).- Los Tratados Internacionales.
- B).- La Costumbre.
- C).- Los Principios Generales del Derecho.
- D).- La decisión Judicial y la Doctrina de los Publicistas más calificados.
- E).- Las Resoluciones de las Organizaciones Internacionales.
- F).- La Equidad.

LA DEMOCRACIA.	37
----------------	----

- a).- Conceptos de Democracia.
- b).- Clases de Democracia.

EL TRATADO COMO FUENTE DEMOCRATICA INTERNACIONAL. 52

- a).- Trascendencia del Tratado en el Ambito Jurídico Internacional.
- b).- Kelsen y sus conceptos técnicos sobre el Tratado.
- c).- El Tratado ante sus métodos de Interpretación y sus Principios.
- d) - Enumeración Doctrinaria de los Tratados.
- e).- El Tratado como Fuente Democrática del -
Derecho Internacional.

P R O L O G O .

Los planteamientos que el llamado Derecho de Gentes se hacía en sus inicios, en la actualidad dado el enorme crecimiento de las Naciones en todos sus órdenes, es el fenómeno que ha llevado a que los distintos objetos de estudio del Derecho Internacional, cobren trascendental-importancia, y a conducido a este orden normativo a un primer plano en lo que se refiere a la aplicación de las ciencias jurídicas, pues tanto los problemas de el desarme, con la resolución que ya se plantea el Derecho Internacional (Proscripción de las armas), y el problema de la aceptación en el seno de la O.N.U. de la nación que representa a la cuarta parte de la población mundial, y cuya aceptación e ingreso da indicios que esta organización tiende hacia una verdadera universalidad, así como el viejo problema del mar territorial en sus dos aspectos; el relativo a la necesidad de establecer un régimen jurídico sobre los fondos marítimos, y el de constituir un sistema que determine con precisión la anchura del mar territorial, cuya necesidad de explotar con el fin de elevar la alimentación de los nacionales de cada país es ya inaplazable.

Aunados todos estos problemas, a la necesidad que existe entre los países pobres, de unirse como forma de lograr su liberación económica, llamada también en la ciencia en estudio, Descolonización Económica, son los problemas que mas afectan a estos países, los que por la inercia de los graves problemas porque atraviesan los países desarrollados, son afectados en sus economías por los conflictos que estos padecen, y cuya solución la encuentran los últimos, en la débil economía de aquellos, ya que solucionan sus crisis monetarias, trasladando por medio de cargas impositivas con el propósito de obtener un ingreso que les proporcione la recuperación de su ba-

lanza de pagos, la imposición de esos gravámenes arancelarios hacen más difícil la situación de estos países económicamente débiles, justificando mas aun, la necesidad de unificación de estos, utilizando los medios que les ofrece para tal objeto, el Orden Jurídico Internacional.

A la problemática anterior, viene a sumarse, la serie de conflictos armados que se escenifican en toda la población mundial y que amenazan con extenderse, pero cuya solución tenemos fé, que se encuentre en el Ambito de la Comunidad Internacional, con la aplicación de los propósitos y principios de la Carta Constitutiva de la Organización de las Naciones Unidas.

He querido iniciar con la enumeración de todos estos problemas, que se plantean dentro del Derecho Internacional; utilizando a toda esta serie de factores, como la forma de exponer cuales han sido las circunstancias que han movido a mi espíritu hacia la elaboración de un trabajo de Derecho Internacional; la dinámica permanente del Orden Jurídico Internacional, su constante aplicación, el surgimiento de nuevos conceptos jurídicos dentro de esta ciencia, la necesidad de lograr nuevos equilibrios entre la compleja Organización Mundial, y su afán de integración en todos los órdenes de la misma, son los motivos que me han llevado a disertar sobre un tema de esta materia, en un intento breve de incursionar por el convulsionado y amplio campo del Derecho Internacional.

CAPITULO I

TEORIA GENERAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO.

- A).- Aceptación Jurídica del Término Fuente.

- B).- Principios que rigen en la Teoría General de las Fuentes del - Derecho.

CAPITULO I

TEORIA GENERAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO.

A).- ACEPTACION JURIDICA DEL TERMINO FUENTE.

1.- Fuente en el sentido general.- La palabra fuente usualmente tiene distintos significados y varias acepciones, pero en lo que concuerdan todos los investigadores - refiriéndonos en concreto a juristas y filósofos al menos que este término se deriva del vocablo FON FONTIS que proviene del latín y que en su origen alude al manantial de agua que brota de la tierra. Esto a llevado a que generalmente se acepta que el término fuente siempre invoca a todo aquel principio, fundamento u origen del objeto que se estudia.

Con respecto a esta expresión, Federico Puig Peña, la considera como singularmente evolutiva y que hace referencia a "la razón primitiva de cualquier idea o a la causa generatriz o productora de un hecho". (1).

La tesis filosófica del Dr. Juan Carlos Smith, es la que sostiene que la expresión fuente se usa "para designar con ella a la facultad immanente en el hombre social de estructurar su propia existencia en el orden jurídico." Este autor por referirse al orden jurídico y en apoyo a su pensamiento cita a del Vecchio atribuyéndole que completa la anterior tesis porque considera "que en esta concepción omnicomprensiva, la fuente suprema e inagotable del derecho es el espíritu humano en tanto ma

(1).- PUIG PEÑA, Federico. Las Fuentes del Derecho. Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo X. Edit. FRACO SEIX. S.A. 1960. Barcelona, Págs. 205 y 206.

nifestación perenne de su propia vocación jurídica". (2).

Consideramos que este pensamiento no puede referirse, en particular, a que el hombre a de estructurar su existencia al orden jurídico. Lo que si creemos es que esta tesis filosófica debe llevar el objetivo de explicar la gran dimensión del espíritu humano, que hace que el hombre pretenda estructurar su existencia en todos los ámbitos en que se desarrolla con inagotable impulso para armonizar los campos de su diversa actividad.

Nos atrevemos a hacer la anterior consideración, en virtud de que el hombre, además de invocar la necesidad de estructurarse jurídicamente, también, lucha constantemente, para tener un mejor disfrute de los bienes materiales y culturales, creados por el propio fenómeno político del ser humano. Porque es indudable que la sociedad estructurada jurídicamente es el instrumento mas adecuado para que el hombre pueda desarrollarse socialmente, por ello es aplicable que el espíritu humano no sólo sea una facultad singularmente útil para organizarse en el campo jurídico, pues aceptar esto es equivalente a limitar la verdadera dimensión del propio espíritu humano.

Pero conforme a la especie de nuestro estudio, nos avocaremos al significado de la expresión fuente dentro del orden jurídico.

Ya hemos aceptado, pues que el término fuente, es equivalente al fundamento u origen de las cosas y que refiriéndose esta expresión al derecho, estaremos dirigiéndonos al fenómeno, entidad u órgano que produce el orden-

(2).- SMITH, Juan Carlos. Fuentes del Derecho. Enciclopedia Jurídica OMEBA: Tomo XII. Edit. Bibliográfica - Argentina 1960. Buenos Aires. Págs. de 750 a 761.

jurídico e inclusive a las formas de expresión del mismo derecho.

2.- El Concepto Fuente en la Terminología Jurídica.

Una vez que hemos advertido que la expresión Fuente del Derecho está referida a; el órgano, entidad o fenómeno, que produce al ordenamiento jurídico y que esta misma materia está regida por principios que ayudan al estudio sistemático de su propia teoría general, enseguida vamos a analizar los diversos sentidos, que generalmente se le da al término Fuente del Derecho, con el objeto de diferenciar a unos de otros.

Así encontramos que a este término nos dice Puig - Peña; "generalmente, se le dan cuatro significados y que ellos son; (3).

"a).- Las Fuentes en el sentido del Derecho Subjetivo".

"b).- El mismo término en el aspecto del Derecho Objetivo".

"c).- Que este concepto va de acuerdo con el Derecho Positivo".

"d).- De conformidad al conocimiento del Derecho Positivo".

Así expuestos los diversos sentidos, que se le da a la Terminología Jurídica a las Fuentes del Derecho, trataremos de explicarlos en el orden anteriormente consignados.

(3).- Idem.

a).- El primero de los sentidos citados, que se le da a las fuentes del derecho, es el que se refiere al origen y fundamento de las facultades atribuidas a los hombres en la vida jurídica.

Lo anterior se entiende de mejor manera, consignando que el derecho subjetivo tiene su fuente, o mejor dicho, se origina en el propio derecho subjetivo, pues como dice Puig Peña (4) "La facultad AGENDI tiene su fundamento en la Norma AGENDI", lo que equivale a expresar que la facultad legal nace en virtud de la norma jurídica que la establece.

b).- Cuando se utiliza el término fuente del derecho con referencia al Derecho Objetivo, significa remontarse a la causa última del derecho, a la raíz mas profunda de lo jurídico.

Cuando la doctrina se avoca al estudio de las fuentes del derecho en su aspecto objetivo, nos explica desde su propio punto de vista la raíz de todo lo jurídico.

Por esto es, que en cuanto a la justificación sobre el origen profundo del derecho, discrepan absolutamente, unas ante otras, las distintas posturas filosóficas de los juristas que se han propuesto aclarar la causa primera y radical del orden jurídico, encuadrando su explicación de conformidad con su peculiar concepción sobre el origen de toda norma jurídica. Ante esto, solo nos corresponde considerar que la fuente del derecho la podemos encontrar; en el espíritu del pueblo, en el desarrollo de la propia sociedad, en la evolución del Estado, o en Dios, según la postura jurídica; filosofía a que nos apeguemos,

(4).- PUIG PEÑA, Federico. Ob. Cit. P.P.

Antes de seguir, con la exposición sobre los diversos sentidos que se le da al término Fuente en el ámbito jurídico, es pertinente aclarar, que si no nos ocupamos con mayor detenimiento sobre las distintas corrientes filosóficas que estudian el origen del derecho, se debe a que el objeto inmediato de este estudio es el de exponer brevemente una teoría general de las Fuentes del Derecho, por lo que excluimos por lo pronto, cualquier otro tema que notablemente nos pueda separar de esta materia.

c).- Las Fuentes del Derecho Positivo.- En esta acepción de las fuentes del derecho es con referencia origen del orden jurídico que realmente se cumple o que verdaderamente se practica en el seno de un Estado. Es por ello que el autor que en este estudio hemos seguido afirma: que en este aspecto "habrá que referir propiamente la expresión a la entidad donde el Derecho se produce; es decir al organismo que establece las normas positivas; nunca, claro está, a las normas ya establecidas." (5).

En el sentido expuesto anteriormente, la fuente del derecho se concibe en el pueblo, como también en congresos e inclusive en el Juzgador se puede encontrar a un creador del derecho.

d).- Las Fuentes del conocimiento del Derecho Positivo. Este tema sobre las fuentes del derecho es casi desconocido, sin embargo, el autor que tantas veces hemos citado (6) sostiene que en este aspecto las fuentes del derecho se les identifica con "los medios utilizados para llegar al conocimiento de un derecho objetivo determinado."

Conforme a lo expuesto anteriormente y sobre todo de acuerdo con la definición consignada, nosotros nos

(5).- PUIG PEÑA, Locc it.

(6).- Idem.

concretamos a agregar a este respecto que utilizando determinado medio para conocer el derecho hemos de encontrar o analizar la clase de normas jurídicas que integran un ya precisado ordenamiento legal, por ello Kelsen (7) - "dice que si utilizamos como medio, para el estudio de la norma, el proceso que la originó, sabremos diferenciar - esencialmente si estamos ante una norma jurídica o ante una regla de derecho, sosteniendo a este respecto que las normas jurídicas son creadas por el curso del proceso "JURIDICO" - legislativo, le denominamos nosotros - en cambio las reglas de Derecho son formuladas por el jurisconsulto desprovisto de toda autoridad jurídica.

Así de esta manera nos daremos cuenta, sobre toda la calidad que poseen, tanto la fuente como la norma, objetos de estudio y así poder clasificarlos; si o no son fuentes del derecho, si se le considera directa, principal o simplemente subsidiaria, en cuanto a la norma analizada, por los medios que hemos descrito, se podrá considerarla con certeza, si en verdad tiene o carece de naturaleza jurídica, y en caso de esto último, en que grado.

Previamente al estudio de las fuentes del Derecho Internacional y conforme a lo que hemos asentado con respecto a la norma jurídica y sus fuentes, es preciso consignar la clasificación que generalmente se acepta en esta materia, con el objeto de explicar, ya sea el contenido o la forma de manifestación de la propia norma jurídica.

De acuerdo con esto podremos hablar de fuentes formales y reales del derecho y también de directas e indi-

(7).- KELSEN HANS, Problemas escogidos de la teoría pura del Derecho. Editorial Guillermo. 1952. Buenos Aires. Págs. 45 a 49.

rectas o como las denominen otros autores principales y auxiliares o subsidiarias.

1.- Estamos ante las fuentes reales del derecho, - cuando por medio del análisis llegamos a la parte interna de la norma y vemos que está constituida por una serie de elementos y situaciones de diferente condición - que han impulsado su creación y comprobamos que estos inredientes le han dado un peculiar perfil así como la razón de su contenido. Considerando que los elementos que impulsaron la gestación de la norma jurídica podremos explicar también la clase de régimen en que se ha inspirado el ordenamiento legal y con lo cual podemos encontrar que las mismas pueden tener un distintivo carácter político, económico, sociológico o de otra índole.

Quando la norma jurídica se encuentra predominada - por un carácter meramente técnico, estaremos ante un precepto que precisa y determina la forma de cumplir un deber o la manera de defender un derecho. A esto debemos agregar que todo ordenamiento jurídico siempre debe poseer una serie de normas de contenido estrictamente técnico, ya que este elemento es indispensable para su propia existencia y por lo mismo hacer una realidad, la convivencia social.

2.- Las Fuentes formales están representadas en las formas o maneras en que el derecho tiene que ser entendido públicamente, para su validez general dentro de la sociedad.

Quando se pretende conocer el origen de un determinado sistema legal, siempre se acude al estudio de sus - fuentes formales, dentro de las cuales encontramos a la Ley, la costumbre y la jurisprudencia. (8).

(8).- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio - del Derecho. Quinta Edición. Ed. Porrúa. México - 1953. Pág. 51.

A este respecto, otros autores consideran que también debemos agregar como fuentes del derecho de carácter formal a la doctrina y a los principios generales del derecho.

Sin embargo, y en virtud de que el objeto de estudio del presente capítulo, es precisamente las fuentes del Derecho Internacional que hemos de realizar con el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia y como hemos de demostrar que sólo se ocupa de las fuentes que tienen carácter formal en la materia, nos reservamos, la oportunidad de establecer la definición y el respectivo concepto de cada una de las fuentes formales que hemos citado.

En contraposición a la doctrina positivista encontramos a una ya fuerte corriente que se le denomina "Partidarios del Derecho Vivo." (9).

Dentro de esta corriente se concibe un catálogo de innumerables fuentes del derecho en las que encontramos - inclusive "las declaraciones sociales, programas y promesas de una colectividad".

El propio Puig Peña cita a Espín, a quien le atribuye una observación crítica hacia los partidarios del Derecho Social o como el mismo le denomina "Derecho Vivo" - (10) expresando que al incluir a esas declaraciones sociales, promesas de una colectividad, etc., como fuentes formales del derecho, se inspiran en elementos puramente subjetivos que el juez libremente investiga y que no corresponden a los elementos normativos, sino a los intuitivos y emocionales.

(9).- PUIG PEÑA, Federico. Ob. Cit.

(10).- Idem.

La realidad es que se abunda en las clasificaciones sobre las fuentes formales del derecho, pero no incluimos en el presente trabajo a todas aquellas que los distintos autores les dan tal carácter, porque tenemos el particular y pretencioso objetivo, de estructurar mejor la teoría general de las fuentes jurídicas.

Las propias fuentes que hemos citado anteriormente sufren algunas otras clasificaciones y por lo mismo crea el problema de considerarlas como; directas e indirectas, mediatas o inmediatas, principales o subsidiarias o como propias o auxiliares. Considerando a las que se citan en primer término de cada una de las clasificaciones como todas aquellas según el criterio general, son las que verdaderamente crean derecho y para ejemplo de ello consignamos a la ley y a la costumbre. En cambio, las que se mencionan como fuentes indirectas, mediatas, etc., son consideradas en función de que interpretan a la ley, y como tales encontramos, tanto a la jurisprudencia como a la doctrina, Debemos agregar también a los principios generales del derecho y a los tratados internacionales.

Pero la realidad, es que todas estas observaciones, sólo vienen a confirmar el criterio de que el problema de las fuentes del derecho, sólo puede ser planteado y explicado en el sentido del proceso histórico-cultural de la sociedad, pues este medio de estudiar derecho significa determinar cuales son sus instancias creadoras, y cuales son los factores que la determinan en la dinámica social. (11).

Respecto a la definición de todos los conceptos que se incluyen en las distintas clasificaciones de las fuen

(11).- PUIG PEÑA, Federico. Ob. Cit.

tes del derecho, nos atenemos a lo ya consignado con anterioridad y que expondremos su definición, en cuanto sea oportuno conforme al análisis que mas adelante haremos del artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia.

También debemos advertir, que todos los conceptos expuestos hasta el momento son referidos al derecho en general y que siempre se pueden utilizar dentro del estudio de cualquiera de las ramas de que se compone la ciencia jurídica.

B).- PRINCIPIOS QUE RIGEN EN LA TEORIA GENERAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO.

Siguiendo a connotados autores, pero principalmente a Federico Puig Peña, trataremos de exponer, aunque brevemente, una teoría general sobre las fuentes del derecho, en la que aludiremos a los mas notables principios que rigen en este campo, así como a las diversas formas usuales para conocer los distintos aspectos del orden jurídico.

Así expondremos inicialmente, los principios que imperan en el estudio sistemático de las fuentes del derecho, conforme a la teoría general de esta materia.

a).- En primer término consignamos tal y como lo hace Puig Peña; el principio de jerarquía de las fuentes (12). El cual se explica con doble significado; en sentido propio y en sentido impropio. Advirtiendo que este principio nos es útil para conocer si una norma jurídica proviene de un mismo origen o diferente: Se habla de este principio, en un sentido propio cuando las normas jurídi-

(12).- PUIG PEÑA, Federico. Ob. Cit.

cas de un mismo origen y ello lo vemos claramente en una Ley Reglamentaria de un precepto constitucional. Ambas normas jurídicas han sido producto del poder legislativo, sin embargo utilizando este principio, vemos que el precepto constitucional superior a la Ley Reglamentaria, así con precisión vemos, que la última de las normas citadas tiene su fuente en la primera a pesar de que ambas fueron creadas por el mismo órgano. Por lo que se afirma que aquí existe un sentido de superioridad jerárquica.

Siguiendo con el desarrollo, en sentido impropio del principio de jerarquía de las fuentes del derecho, debemos consignar que tiene otras formas de manifestación y ocupándonos de ellas las describimos conforme a los aspectos siguientes; el denominado a la preferencia, consiste en designar ciertas normas jurídicas como adecuadas a la formación de las relaciones, por razones de tiempo o de contenido. Ejemplo de esto lo apreciamos cuando se integra una relación jurídica utilizando normas contemporáneas por considerar que están compuestas por conceptos mas claros e idóneos al vínculo jurídico que al momento hemos decidido formalizar.

Otra forma de como se manifiesta el principio de que nos ocupamos, es el que se debe sujetar al resultado que produzca la regla de la remisión que comprenda el ordenamiento.

Para una mejor comprensión a lo referido anteriormente trataremos de explicar en lo que consiste la forma antes expuesta; y esta es cuando un ordenamiento jurídico invoca expresamente el auxilio de otras normas jurídicas, que aunque de diversa índole, las hace propias para explicar la naturaleza de la relación jurídica. Así en nuestro Derecho, el Código Civil (13) al regular la -

(13).- CODIGO CIVIL. Para el Distrito y Territorios Federales. Arts. 2741 y 2754.

Aparcería, establece que en caso de que las partes no tengan convenio expreso respecto a las prestaciones se sujetarán a la costumbre del lugar. Así pues, vemos con claridad que la costumbre es colocada expresamente como norma jurídica y que la relación está a expensas de los efectos establecidos por la costumbre del lugar, que en este caso es la fuente de esta regulación jurídica.

b).- Ahora seguimos con el principio llamado "de la Supremacía de la Ley" (14). En el que podemos observar íntimamente el de la jerarquía de las fuentes en el sentido propio. Por ello cabe aclarar que este principio fue frecuentemente utilizado en el Derecho Romano, conforme al cual se observaba la vinculación del juzgador y su obligación a preferir la norma legislada.

El criterio de que el juzgador, al respetar este principio utiliza la Supremacía de la Ley como fuente del Derecho, no es muy aceptado por la generalidad de los juristas, pues si bien es cierto que en este principio se manifiesta el apego estricto a la técnica lógica-jurídica, también lo es que apearse al juzgador a las formalidades establecidas, sacrifica con ello a uno de los principales fines del derecho (Gurvich) como es la Equidad.

Dentro de esta teoría general, encontramos también otros principios que rigen el tema de estudio, por ello exponemos:

c).- El principio de sujeción a las normas reconocidas (15). Este consiste en que se exige al juzgador -apegarse a las fuentes del derecho ya reconocidas expresamente por la Ley.

Esto equivale a considerar que el juzgador está im-

(14) PUIG PEÑA, Federico. Ob. Cit.

(15) Idem.

posibilitado para hacer uso de fuentes que no han sido - previamente reconocidas por las normas jurídicas, pese a que las circunstancias especiales del caso, exigen lo - contrario.

Esta es en realidad una manifestación de Técnica - formalista que abiertamente se opone a la Autonomía Jurisdiccional, que de manera alguna deba esta confundirse con la Libertad de Interpretación, a las normas ya que - cada uno de estos principios contienen distintos aspectos, dentro de la Teoría General de las Fuentes del Derecho.

d).- "El principio de la Autonomía Jurisdiccional". (16). Consiste en que el Juez puede además de interpretar libremente la norma jurídica integrarla e inclusive crearla. Con esta clase de facultades, el Juez se arroja funciones que en realidad corresponden, por su propia naturaleza, al legislador.

e).- En cambio el Principio de Libertad de Interpretación a las Normas (17) nos da a entender que es la facultad que tiene el Juzgador de interpretar la Ley, pero conforme a un catálogo de Fuentes, que el propio ordenamiento jurídico, previamente le indica que puede utilizar.

(16).- PUIG PEÑA, Federico. Ob. Cit.

(17).- Idem.

CAPITULO II

LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL.

ARTICULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CORTE
INTERNACIONAL DE JUSTICIA.

- A).- Los Tratados Internacionales.
- B).- La Costumbre.
- C).- Los Principios Generales del Derecho.
- D).- La decisión Judicial y la -
Doctrina de los Publicistas-
más calificados.
- E).- Las Resoluciones de las Orga
nizaciones Internacionales.
- F).- La Equidad.

CAPITULO II

LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL.

ARTICULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CORTE -
INTERNACIONAL DE JUSTICIA.

La Naturaleza Universal de las Normas del Derecho - Internacional, imprime a las Fuentes de este orden jurídico, mayor importancia que la que pertenece a las Fuentes que crean las reglas jurídicas del orden jurídico Interno, no solo porque el orden jurídico internacional no cuenta con un órgano determinador de los hechos factuales de elevarse a normas de Derecho, como sucede en el ámbito del orden jurídico Interno, sino que es la trascendencia de los Planteamientos la que confirma la mayor relevancia de dichas fuentes.

Al encontrar que el Orden Jurídico Internacional carece de un órgano legislativo y de una codificación definida ¿ De donde surgen pues las normas del Derecho Internacional? se pregunta Sepúlveda (1) y se contesta el mismo autor, que los positivistas afirmaban que es el consentimiento de los Estados el que crea u origina las normas del Derecho Internacional realizándose a través de los tratados y la costumbre y posteriormente nos dice el autor de referencia que en contraposición a esta actitud negativa que reconocía únicamente a los Tratados y a la Costumbre como Fuentes del Derecho de gentes empieza a surgir una corriente que considerando la necesidad de incluir otras fuentes, influye en la construcción del artículo 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, órgano judicial de la sociedad de nacio--

(1).- SEPULVEDA, César. Curso de Derecho Internacional - Público. Págs. 79 y 80. Ed. Porrúa, S.A.México, - 1960.

nes. Este artículo enunciaba las fuentes con que contaba dicho tribunal para la resolución de las controversias - que se le plantearan y estaban impregnadas de las ideas - de la Doctrina de esta época y acordes con lo que de estas tenían los Gobiernos de este tiempo.

No obstante las críticas que este artículo ha sufrido por las distintas escuelas del Derecho Internacional, - la esencia de este artículo se trasladó en su totalidad al artículo 38, al crearse la organización de las Naciones Unidas cuyo órgano judicial recibe el nombre de Corte Internacional de Justicia y cuyo texto a la letra dice:

" A R T I C U L O 38 "

1.- La Corte, cuya función es decidir conforme al - Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, declara aplicar.

A).- Las Convenciones Internacionales, sean generales o particulares que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados Litigantes.

B).- La Costumbre Internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como hecho.

C).- Los Principios Generales del Derecho reconocidos por las Naciones Civilizadas.

D).- Las Decisiones Judiciales y las Doctrinas de los Publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas del Derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

2.- La presente disposición no restringe la facultad

tad de la Corte para decidir un litigio Ex equo et Bono si las partes así lo convienen. (2).

Bradley (3) nos advierte que de acuerdo con lo previsto en el artículo 59 del mismo Estatuto las decisiones judiciales y las enseñanzas de los más destacados publicistas son medios subsidiarios para la determinación de las normas del derecho.

LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Es indiscutible que esta es la figura mas estudiada y definida del Derecho Internacional, esta, tal vez sea una de las varias razones por las cuales, y con referencia a ello Charles Rosseau considere que de hecho la terminología utilizada para designar los Tratados Internacionales, STRICTU SENSU, no puede ser mas variada, "Por lo que no representa en lo mínimo alguna fijeza, así se les denomina indiscutiblemente, Tratados, convenios, pacto, acuerdo, carta, estatuto, acto, declaración, protocolo, arreglo, modus vivendi" (4). Esta multidenominación a una misma figura del Derecho Internacional, no es de ningún modo justificable, sin embargo es fácil comprender que ello se debe a que los sujetos a esta relación jurídica, buscan siempre el nombre que mas se apega ya sea a su tradición o a su propio ordenamiento jurídico-interno.

-
- (2).- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
 (3).- BRADLEY, J.L. La Ley de las Naciones; Introducción al Derecho Internacional de Paz. Traducción de Rafael Aguayo Spencer y José Bermúdez de Castro. Pág. 51. Editora Nacional. México 1950.
 (4).- ROSSEAU, Charles. Derecho Internacional Público. - Tercera Edición. Ed. Ariel. Pág. 23 Barcelona 1957.

Ahora bien, el hecho de que un mismo negocio jurídico de idéntico contenido material, tenga diversos nombres, no impide su aceptación dentro del orden jurídico internacional. Esta es una confirmación mas que en materia jurídica las instituciones determinan además de su concepto - y definición, su propia naturaleza, no por el nombre sino por su contenido.

Siguiendo al mismo autor, debemos apuntar también a este respecto, que la variada denominación al negocio jurídico internacional no obstruye su formalización, pues - su contenido material es mas trascendente que el procedimiento técnico que cada ordenamiento legal tenga establecido para su conclusión, ya que en realidad lo mas importante es que esos instrumentos tienen o deben contener - "la misma fuerza de obligar a los signatarios en el cumplimiento de determinados Derechos y deberes". (15).

Debemos consignar que el término "concluir" un tratado internacional, significa que el mismo ha cobrado - obligatoriedad entre los signatarios del mismo negocio, y este se logra después que el tratado ha cumplido, todas - las formalidades que exigen en el ordenamiento jurídico - interno de cada sujeto signatario.

La anterior tesis es generalmente aceptada, pues no cabe la menor duda de que un tratado internacional, tiene plena eficacia jurídica, hasta que por medio de un procedimiento de derecho interno, se le acepta como norma jurídica integrante del ordenamiento legal interno del país u organismo signatario.

Sin ignorar la existencia de una tesis doctrinal - que se manifiesta en sentido contrario al anterior y que se pronuncia abiertamente por la "determinación interna-

(5).- Idem.

cional", la realidad es que no existe una norma generalmente aceptada conforme a este criterio, y a ello se debe que en la actualidad predomina la facultad discrecional del derecho interno, para establecer la competencia del órgano que ha de concluir los tratados internacionales. Esto es plenamente aceptado en nuestra Constitución Política en sus artículos 133, 89 fracc. X y 76 - fracc. I, y por su importancia en esta materia cabe que consignemos textualmente lo que a este respecto establecen estos conceptos: "Artículo 133.- Esta Constitución las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que están de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o Leyes de los Estados".

"Artículo 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes: Fracc. X, Dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados con potencias extranjeras, sometiénolos a la ratificación del Congreso Federal".

"Artículo 76.- Son facultades exclusivas del Senado! Fracc. I.- "Aprobar los tratados y convenciones diplomáticas que celebre el Presidente de la República con las potencias extranjeras. "(6).

Con esto queda precisado el procedimiento interno que establece nuestra Constitución Política para que un tratado internacional cobre eficacia.

(6).- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Consideramos pertinente abundar sobre el efecto de los tratados internacionales, porque a pesar de que en principio sólo obliga a los signatarios, también es voluntad que un tratado internacional extiende sus efectos a otros Estados. (Verdross) (7).

Este fenómeno lo observamos principalmente en dos formas; a).- Cuando otros "sujetos" de Derecho Internacional se adhieren a un tratado en el que originalmente no fueron partes; b).- El acuerdo internacional en que los Estados firmantes se imponen el deber de beneficiar o respetar a terceros Estados.

Esta segunda forma, que al igual que la anterior, rompe el principio de la relatividad inherente a los tratados internacionales y a la vez también tiene diversas formas de manifestarse, que de acuerdo con Rosseau son las siguientes;

1o.- Las negociaciones internacionales que crean una situación jurídica objetiva y que podemos ejemplificar de una manera concreta; un tratado que establece el respeto territorial de un tercer Estado.

2o.- También existen acuerdos internacionales que incluyen la cláusula de "la nación mas favorecida".

En cuanto a los tratados que benefician u obligan a terceros Estados y como observamos, las causas por las cuales rompen el principio de la relatividad inherentes a los negocios jurídicos internacionales, son mas que justificables y sobre todo por ello se sigue practicando el principio "erga omnes" que es fundamental dentro de la

(7).- VERDROSS, Alfred. Derecho Internacional Público. 4a. Edición. Ed. Aguilar. Madrid 1959. Pág. 127.

técnica jurídica.

Entre estos tratados internacionales, también cabe distinguirlos por la forma de su funcionamiento; unos operan ipso facto y otros requieren previa disposición. (8).

Operan ipso facto aquellos tratados que se refieren a resolver problemas de todo tipo de comunicaciones. En cambio las negociaciones jurídicas internacionales que establecen cláusulas convencionales para beneficiar a terceros Estados, son primordialmente aquellos de contenido económico o político.

Consideramos que así queda de manifiesto, que los acuerdos internacionales tienen el indiscutible carácter de fuente formal del Derecho Internacional, y como tal tiene diversas formas de manifestarse, pero siempre con el efecto de establecer una vinculación jurídica entre los países u organismos firmantes, principalmente, porque también hemos probado la existencia de acuerdos internacionales que obligan o benefician a terceros Estados.*

Considerando que los tratados internacionales son las fuentes más importantes del Derecho Internacional, posteriormente y en apartado especial debemos hacer énfasis que el convenio internacional es el medio auténticamente formal, para establecer con precisión el contenido, carácter y alcance de una norma en el ámbito jurídico internacional.

(8).- ROSSEAU, Charles, Ob. Cit. Pág. 59.

(9).- ROSSEAU, Charles. Ob. Cit. Pág. 55.

B).- LA COSTUMBRE.

Esta es, indudablemente la fuente mas antigua del Derecho teniendo su fundamento en su consentimiento generalizado de practicar un uso de manera prolongada y con la acepción de que tiene el carácter de que su aplicación es obligatoria.

Por lo anterior, se pueden confundir uso y costumbre, pero para distinguirlos claramente, acudimos a García Maynez, quien al respecto nos dice, "La costumbre se distingue del uso, en cuanto es fuente autonóma del derecho, mientras que el uso se aplica solo porque una norma hace expresa referencia a el. El uso no es por si mismo fuente del derecho, sino que sirve solamente para dar el contenido a una determinada norma de ley, que le da eficacia." (9)

Este mismo autor encuentra en el derecho consuetudinario dos caracteres relevantes:

"1.- Está integrado por un conjunto de reglas sociales derivadas de un uso mas o menos largo; y"

"2.- Tales reglas transformanse en derecho positivo cuando los individuos que la practican les reconocen obligatoriedad, cual si se tratara de una ley." (10).

Así de inmediato nos damos cuenta que la costumbre, para ubicarla, como fuente del derecho, no requiere de un determinado procedimiento formalista, sino todo lo contrario, se forma espontáneamente y se acata, primero voluntariamente

(9).- ROSSEAU, Charles. Ob. Cit. Pág.55.

(10).-GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Quinta Edición reformada.Ed. Porrúa. S.A.- México. 1953. Pág. 61.

riamente, y así gradualmente logra imponerse, en forma general, hasta lograr, la concepción de que es obligatoria su observación. De esta manera nos percatamos que la costumbre, para que logre conceptuarse, al igual que las normas jurídicas que forman el cuerpo del derecho vigente, tiene que ser aceptada y practicada como obligatoria dentro de una determinada comunidad.

De las anteriores, consideraciones no queda exento el Derecho Internacional Consuetudinario, por lo que Verdross (11) sostiene que este orden jurídico; "puede darse, ya como aplicación por la práctica internacional de un principio general de derecho no incorporado todavía al derecho positivo.... ya por añadirse a un uso preexistente, la conciencia de su obligatoriedad jurídica".

Con meridiana claridad se ve aquí que el autor citado, invoca con énfasis la obligatoriedad, como elemento imprescindible de la costumbre jurídica internacional. - Conforme a esta teoría, vemos que el derecho internacional consuetudinario no es creado precisamente por el uso constante o general porque su práctica ya presupone que es obligatoria.

Antonio Truyol apegándose a esta corriente sostiene que; "En cuanto al tiempo y al número de actos necesarios para constituir una costumbre internacional, son tan indeterminados como en la costumbre interna" (12) - uno y otro depende, en parte de la mayor o menor ocasión de actuar que presente la materia respectiva, y en parte del mayor o menor grado de sentimiento de obligatoriedad! Agregando en este sentido; "Hay actos que se repiten mu-

(11).- Opus. Cit.

(12).- TRUYOL, Antonio. Derecho Internacional Público. Tomo I. Pág. 586. Ed. Frco. SEIX. S.A. Barcelona-1960.

chas veces, sin llegar a producir costumbre jurídica sino les acompaña este sentimiento (de obligatoriedad), mientras que dándose este pueden bastar pocos." (14).

Este autor, nos precisa como se incorpora el elemento obligatoriedad, en la costumbre internacional, cuando afirma que; "Es evidente por otra parte, que este sentimiento de obligatoriedad se matiza en los primeros actos y en los siguientes, pues el principio es el sentimiento de crear una nueva forma jurídica, mientras que posteriormente se tiene conciencia de aplicar una norma que se ha abierto paso en la práctica de los Estados".

Pero la costumbre jurídica en el orden internacional, no solo puede fungir como creadora de normas, sino que también, como apunta Verdross (14) puede derogar a alguna preexistente, pero con la advertencia, de que, para lograr este efecto derogatorio, es preciso que los Estados dejen de seguir realizando determinados actos "por motivos jurídicos".

Ante esto, aquí, cabe formular la siguiente interrogante: Si un Estado no se somete a una norma consuetudinaria, de carácter internacional, se puede negar la existencia de una costumbre jurídica en el ámbito del Derecho Internacional, pues recordemos que una característica de la costumbre es el ser de una práctica generalizada.

Para la teoría positivista, sostenida por los seguidores de Grocio y Vattel contesta lo anterior afirmando que la regla consuetudinaria jurídica no es oponible más que a los Estados que la han adoptado y no aquello que pretenden nunca haberla conocido, por lo tanto descansa exactamente como los tratados, solo que la voluntad es Tá-

(13).- Ibidem.

(14).- VERDROSS, Alfred. Opus. Cit.

ta. (15).

En esta tesis observamos que se acepta la existencia de una costumbre particularizada ya que se nota la posibilidad de que la costumbre obliga singularmente a cada Estado que tácitamente la ha admitido. Esto lo aceptamos, pero anteponiendo la consideración de que el Estado que ya ha consentido la práctica obligatoria de un determinado acto, no puede conducirse en un sentido contrario a este. Porque dado el caso, como afirma Trujol (16) se estará ante una violación a la norma consuetudinaria, pero de ninguna manera estaremos ante una derogación.

Y profundizándonos un poco mas en este tema, se debe aceptar irrevocablemente, que la norma jurídica de naturaleza consuetudinaria no puede desarrollarse plenamente, cuando la misma va en contraposición al ordenamiento jurídico de algún país miembro de la comunidad Internacional.

Consideramos que así queda despejada la interrogante planteada, admitiendo que en realidad si existe, una costumbre jurídica de carácter internacional, que se puede desarrollar en una singular esfera, y no precisamente, en todo ámbito de la comunidad internacional.

Pero, advirtiendo, que esta se presentará siempre y cuando la Costumbre Jurídica, particularmente aceptada, en una exclusiva esfera, no contravenga el conjunto de normas consuetudinarias admitidas y practicadas en todo el ámbito de la comunidad internacional.

C).- LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

En un apartado anterior consignamos la definición-

(15).- Ibidem.

(16).- TRUYOL, Antonio. Opus. Cit.

de esta fuente del derecho, en su acepción genérica, y siguiendo el lineamiento trazado en la anterior definición, podemos decir que en ámbito del Derecho Internacional los principios generales son: Las propias exigencias derivadas del desarrollo mismo de las relaciones internacionales, ya que estas han de contemporizarse constantemente.

Los principios generales del derecho como fuente - del Derecho Internacional, en cuanto a su aplicación, no deben confundirse con los principios generales del Derecho Internacional en sentido estricto; ya que estos, están incorporados prácticamente tanto en los tratados como en la costumbre internacional.

Por ello es que, a los principios generales del derecho; en el orden jurídico internacional se les considera como fuentes reales, puesto que en su contenido radica la idea del derecho, lo que los hace jurídicamente obligatorios, antes de ser incorporados expresamente en los tratados y en la costumbre internacional.

Quien, a nuestra particular apreciación, nos informa mejor sobre el contenido de los principios generales, como fuentes del orden jurídico internacional es el autor Charles Rosseau, atribuyéndoles un doble contenido:

"a).- En primer lugar, los principios comunes al orden jurídico interno al orden jurídico, internacional. En su mayor parte son reglas de derecho material (el propio pacta sut servanda, el principio del abuso del derecho, - el respeto a los derechos adquiridos, principio de respeto a la cosa juzgada) extraídas del derecho interno, cuyo carácter de lógica necesidad, ha parecido justificar su trasposición al derecho internacional."

"b).- Por el contenido de los principios generales-

no se limita a los principios del acuerdo privado, sino que en ellos figuran, con el nombre de principios del de recho internacional, algunos principios aplicables de mo do específicos a las relaciones entre Estados y que no se confunden ni con las normas convencionales ni con las consuetudinarias. Estos principios frecuentemente recogidos, aunque con variantes de forma en los tratados y en la práctica unilateral de los Estados han sido conseguidos por diversas resoluciones de la Jurisprudencia In ternacional e interna (principio de la continuidad del Estado del respeto a la Independencia de los Estados, etc.)".

Los anteriores conceptos sobre los principios generales del derecho como fuente del ordenamiento jurídico-internacional, realmente no incluyen alguna innovación, pero si resalta su importancia, porque se está reconociendo expresamente "un elemento dinámico de Derecho Internacional, y de la función creadora de los tribunales que lo aplican." (Bradley, 17).

D).- LAS DECISIONES JUDICIALES Y LA DOCTRINA DE LOS PUBLICISTAS MAS CALIFICADOS.

1.- La Jurisprudencia.

El propio artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia restringe la importancia de esta fuente, al considerarla expresamente ".....Como medio auxiliar para la determinación de las reglas del Derecho" ".....Pero no solo del texto del anterior precepto se desprende la limitación observada, sino que también la encontramos en el artículo 59 de la misma Ley, la cual establece que la -

(17).- BRADLEY, J. L. Opus. Cit.

obligatoriedad de las decisiones de la Corte alcanza únicamente a las partes en litigio y al caso concreto al que este se refiere, de donde vemos en forma clara que esta - fuente ha sido restringida en forma precisa por este artículo una vez más.

No obstante las limitaciones que sufre la jurisprudencia es indiscutible que estas no llegan a evitar - que la misma tenga una sobresaliente importancia como - fuentes del derecho internacional, desentrañan el verdadero contenido de las normas convencionales o de las consuetudinarias, según el caso, y en esta función es evidente que el tribunal marca con aproximada exactitud el verdadero alcance y precisa el contenido que se ha de vertir en futuras reglas que componga un tratado internacional o en la mas correcta aplicación de las costumbres a todos aquellos casos en que ésta sea llevada a fin de esclarecer y resolver conflictos de naturaleza internacional.

II.- La Doctrina.

Esta fuente no es privativa del derecho internacional puesto que a los textos de los escritores, prestan el mismo servicio en cualquier sistema legal, Bradley (18) - considera que la función de los autores reconocida universalmente, es la de proporcionar la prueba de lo que es la ley, reforzando su criterio con la definición que el delictamen, de la suprema corte de los Estados Unidos hace el Juez Gray a quien le atribuye al respecto las siguientes palabras:

"El Derecho Internacional es parte de nuestro dere

(18).- BRADLEY, J. L. La Ley de las Naciones; Introducción. Págs. 56 y 57.

cho, y debe establecerse y aplicarse por las Cortes de -
 Justicia que tengan jurisdicción adecuada, tan pronto co
 mo les sean presentados, en debida forma, problemas que-
 requieren su resolución. A este propósito cuando no ha-
 ya tratados o actos ejecutivos o legislativos o decisio-
 nes judiciales que puedan aplicarse, debe recurrirse a -
 las costumbres y usos de las naciones civilizadas y la -
 prueba de estos, nos la pueden suministrar las palabras-
y las obras de los juristas y comentadores que durante -
años de trabajo, y de investigación y experiencia, han -
adquirido el conocimiento de los temas de que tratan. A
 estas obras recurren los tribunales judiciales, no en -
 busca de las especulaciones acerca de lo que debe ser la
 ley, sino para obtener la prueba de lo que en realidad -
 es la ley." (19) este autor en pie de página de la obra-
 de referencia nos indica como lugar consultable de la -
 opinión transcrita "paquete habana" (1899); casos ameri-
 canos de presa, página 1938. En contraposición a la an-
 terior opinión encontramos los argumentos que vierte Cé-
 sar Sepúlveda (20) sobre el tema en estudio, quien par-
 tiendo desde un punto de vista histórico afirma, que -
 cuando las normas del derecho internacional fueron rudi-
 mentarias las opiniones de los publicistas constituyeron
 el único medio capaz de precisar con cierta autoridad el
 contenido de las normas del orden jurídico internacional.
 Pero el autor de referencia considera que el defecto de-
 la doctrina radica en que esta indica lo que debe ser -
 pero no, cual es el derecho y señala además en forma tam-
 bién crítica que la opinión de los doctrinarios se orien-
 ta hacia el beneficio de los intereses nacionales del au-
 tor que las emite, provocando estos aspectos una decaden-
 cia notable en este medio y método de interpretar ó de -
 definir la aplicación que deba darse a las normas del ám-

(19).- Loc. Cit.

(20).- Ob. Cit.

bito jurídico internacional. Otro señalamiento de este autor es de que la fuente en estudio se vió debilitada ante la primacía que obtuvieron otras fuentes en su aplicación, ya que en forma mas adecuada precisan el alcance y contenido del orden normativo. Sin embargo el autor de los conceptos anteriores reconoce la existencia de una doctrina o mas bien de aquel aspecto de la doctrina que es considerada como fuente subsidiaria del derecho de gentes, señalando el caso en que la opinión doctrinal constituye evidencia de reglas de derecho, por haber escasas de normas al alcance del Juez internacional, para resolver los conflictos que se presenten entre los Estados.

En nuestro particular criterio, consideramos que las opiniones del autor de referencia están avocadas a situar a la doctrina como un medio que se debe utilizar subsidiariamente para llevar luz a aquellas controversias jurídicas internacionales sobre las que no haya disposiciones o costumbres que puedan resolver dichas controversias, posición de la que disentimos ya que para nosotros la doctrina tiene como finalidades y funciones no solo el de resolver controversias jurídicas sino también tiene como fines el de informar y establecer antecedentes para la elaboración de futuros tratados internacionales así como el de mejorar prácticas del derecho de gentes, por lo que concluiremos que la opinión de los publicistas es de singular importancia siendo su fuerza definitiva en la dinámica constante del derecho internacional.

Nuestra opinión encuentra su apoyo en el mismo criterio del maestro Sepúlveda quien al hacer el estudio del origen del artículo 38 de Estatuto de la Corte Internacional de Justicia nos manifiesta que los legisladores recogieron las ideas de la doctrina dominante de esta época, por lo que vemos claramente que nuestra posición se robustece ya que afirmamos que la función de la doctrina tiene

esta finalidad. Al mismo tiempo si analizamos la conven
ción de Viena celebrada en el año de 1969 y que es el -
ejemplo de mayor actualidad que podemos tener a la vista,
el mas somero análisis de su contenido nos lleva a reco-
nocer que se encuentra preñada de las ideas de los doc-
trinarios mas relevantes de nuestra época contemporánea.

Las Resoluciones de las Organizaciones Internacionales
les.

Modesto Seara Vázquez (21) examina cuidadosamente -
lo que el llama "La Formación del Derecho Internacional-
a través de la actuación de los Organismos Internaciona-
les, y es así como establece una diferencia entre lo que
llama las Organizaciones verdaderamente Internacionales,
integradas, por Estados que conservan plenamente su sobe
ranía y dentro de las que los órganos internacionales no
tienen intervención directa en las personas jurídicas y-
morales, y cuyas resoluciones no son obligatorias para
los Estados. Por otra parte señala a las organizaciones
llamadas Regionales a las que les atribuye cierta dosis-
de Supranacionalidad, con competencia de los Estados, ce
didas a estos organismos, y cuyo problema se circunscri-
be a que estas se realicen entre los países firmantes, -
por lo que su valor se limita a este ámbito de aplica-
ción, constituido por los países firmantes del mismo y -
que se les denomina integrantes de un sistema convencio-
nal.

Afirma Seara Vázquez que son, las resoluciones y de
claraciones, recomendaciones que efectúa la Asamblea Ge-
neral de la O.N.U. las que plantean los problemas mas in-
teresantes, y señala primero lo que se refiere a la Re--

(21).- SEARA VAZQUEZ, Modesto. Derecho Internacional Pú-
blico. 3era. Edición. Pág. 59. Edit. Porrúa, S.A.
México 1971.

presentatividad, cuya problemática tiene solución en la -
 composición masiva de esta organización, ya que, esto lleva
 a identificar a la Asamblea General con lo que es la -
 Sociedad de Naciones; todo esto llevado a lo que aparentemente
 sería considerar a las decisiones de la Asamblea General
 como forma de obligar a los Estados que las delegaciones
 representan, pero esto no resiste a la obligación-
 Constitucional interna de cada Delegación, que exigen formalidades
 en General para la ratificación de los Tratados,
 por lo que con estos impedimentos los hacen ser únicamente
 representantes de sus gobiernos; Es entonces solo el -
 deseo original de los adoptantes de la Carta de la O.N.U.
 el de construir una organización respetuosa ante todo dela
 Soberanía Nacional, cuya decisiones no sean con el -
 fin de crear una obligación a sus integrantes. Todo lo -
 expuesto nos hace concluir que no es posible el considerar
 obligatorias las decisiones de la Asamblea General ya
 que carece de un órgano autorizado para la creación de -
 Normas Jurídicas Internacionales.

Por lo que respecta a las decisiones que el consejo
 de seguridad puede imponer a las naciones, estas tienen
 su campo de aplicación a casos concretos, en los quela
 paz y la seguridad del ámbito internacional hacen necesarias
 su imposición, pero solo de aquellas Normas Jurídicas
 Internacionales que para tal efecto han sido creadas,
 mas no debe interpretarse como una facultad para la creación
 de normas jurídicas, ni de aplicación de medios queno
 sean derivados del Orden Jurídico previamente establecido.

Seara Vázquez plantea la interrogante de ¿Si son o
 no Normas Jurídicas del Derecho Internacional las decisiones
 de la Asamblea General o su valor es únicamente declarativo?,
 contestando que la decisión de este órgano tendrá
 fuerza obligatoria cuando los Estados efectúen actos-

tendientes a reconocer a estas, o sea la celebración de tratados, con el contenido de estas decisiones. Pero - afirma que es indudable que al ser adoptados por los Representantes de la Sociedad Internacional se está creando una opinión universal, respecto a la decisión la que al ser repetida con frecuencia en el Orden Internacional, y con la convicción de que es de Derecho nos lleva ante la presencia posible de una Costumbre Internacional.

Son pues estas decisiones la prueba escrita de que los Estados en forma constante les reconocen eficacia jurídica, que producirán consecuencias jurídicas como resultado de estas innumerables aceptaciones. Por lo que esta forma de repetición constante es lo que puede conformar su capacidad creadora de Normas del Orden Internacional, cuyo valor sería mayor, que el atribuido a la Jurisprudencia y a la Doctrina y de mas calidad apreciativa que la que poseen los Principios Generales del Derecho.

F).- LA EQUIDAD.

El artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia afirma que si las partes en litigio en forma previa hubiesen acordado facultar a la Corte a resolver Exquo - et bono cualquier controversia, estas deberán resolverse aplicando la equidad, afirma Seara Vázquez (22) en el estudio especial que hace de la equidad, y continúa diciendo que en Derecho Internacional tanto en la Doctrina como en la Jurisprudencia no define de modo claro ni el contenido, ni sus posibilidades de aplicación.

El autor de referencia tratando de encontrar otro -

(22).-Ibidem. Págs. 61 y 62.

sentido recurre a la Summa Theologia de Santo Tomás que - la identifica con la "Epikeya" griega función de "EPI" - (sobre) y "Dikaión" (justo) para darle entonces a la equidad un valor y contenido moral y dándole como función la - de moderar el Derecho Estricto, o sea el "Summum Jus", - que podría llevarnos a la "Summa Injuria".

El hecho de que el Estatuto deje la posibilidad de aplicación de la equidad a aquellos casos en los que las partes así lo hubiesen convenido, sin facultar a la Corte para que esta lo aplique cuando lo considera de aplicación necesaria, a el caso concreto, viene a dejar a la - equidad en calidad de concepto extra jurídico.

En su parte segunda de este estudio el mismo autor hace una clasificación de la equidad, partiendo de la función de esta y así dice que existen tres clases de equidad.

a).- La que tiene como fin completar el Derecho, o sea cuando este no tiene normas que puedan resolver una - controversia jurídica.

b).- La rigidez que es característica del Derecho, no toma en cuenta las particularidades que cada caso presenta. La Equidad tiene la virtud de ser la moderación - necesaria que se requiere para la consecución de la Justicia como afirmaba Santo Tomás, criterio que se reafirma - con lo que Aristóteles señalaba respecto a lo estricto - del Derecho, pues decía que para llegar a la Justicia, dado, que esta no debe ser rígida como el lecho de Proceso, sino maleable, como la vara de lesbo, el derecho debería - de apartarse de su rigorismo.

c).- La equidad puede servir como medio derogatorio del Derecho. Esta función de la equidad solo es posible cuando las partes así la acuerden, por lo que aquí es

donde es mas necesaria en que los casos anteriores la voluntad de las partes.

En la sección tercera de este estudio especial Mo--desto Seara Vázquez bajo el Título Importancia de la -- Equidad en el Derecho Internacional, señala la dificul--tad de distinguir a la equidad de los principios genera--les del Derecho, en cuanto a su contenido, lo que difi--culta su apreciación exacta, a esto se añade la confu--sión terminológica, por la aplicación simultánea de los--términos "Exequo et bono" y cláusula de arreglo según -- equidad, que afirma son la misma cosa.

Para terminar afirma que en la historia de la jurisprudencia internacional, así bien se encuentran casos de aplicación de las dos primeras clases de equidad no hay--una sola resolución que haya sido contraria a el Derecho o derogatorio de este, por lo que a esta tercera función de equidad queda en el terreno de las posibilidades teó--ricas.

C A P I T U L O I I I .

LA DEMOCRACIA.

A).- Conceptos de Democracia.

B).- Clases de Democracia.

LA DEMOCRACIA.

A).- CONCEPTOS DE DEMOCRACIA.

En la época contemporánea encontrar el significado de la palabra Democracia, conduce a introducirse en uno de los terrenos mas difíciles; tanto del campo del derecho, como de la ciencia política y es un problema cuya dificultad de definición aparece desde el momento mismo que empieza este concepto a concebirse; es decir, que desde Pericles hasta la actualidad han sido tan enconados los debates sobre este tema, como se aprecia en la actualidad, mismo que ha conducido a la conocida fórmula utilizada por cualquier régimen jurídico político de proclamar que dentro de sus lineamientos existe un sistema autenticamente democrático.

El maestro Recasens Siches (1) afirma que la democracia es una respuesta en si mismo a la pregunta sobre quien debe ejercer el poder del estado. Interrogante que se contesta. Considerando que la democracia significa que el poder del estado compete al propio pueblo.

Por su parte Kelsen (2) nos dice que estaremos ante una democracia cuando en un determinado régimen político la legislación es establecida por el pueblo, o sea, en aquel régimen en que la participación de los ciudadanos es la creadora de la voluntad del estado de tal modo que esta viene a ser creadora de normas generales.

Kelsen al considerar de esta manera a la democracia,

(1).- RECASENS SICHES, Luis. Vida Humana Sociedad y Derecho. Pág. 505. Tercera edición. Edit. Porrúa, S.A.- 1952.

(2).- KELSEN, Hans. Esencia y valor de la democracia. - Págs. XII y XIII.

le está atribuyendo la característica esencial de constituir un método o forma para crear, mediante la intervención directa del pueblo, el propio orden jurídico del mismo.

Nosotros solo vemos que en estas dos posiciones solo existe un punto de partida distinto, porque en realidad las dos opiniones coinciden en esencia, solo que, en nuestro particular criterio Kelsen va mas adelante y considera a la democracia como la voluntad del pueblo encaminada a la creación de su propio régimen de derecho.

Es en su tratado de filosofía del derecho donde - el Dr. Luis Recassens Siches, desarrolla su teoría sobre la democracia. (3) La que fundamenta con su tesis humanista; afirmando que el derecho y el estado son los medios - mediante los que la persona individual se puede desarrollar plenamente, o sea, plantea la disyuntiva de si el derecho o el estado son para el hombre, están a su servicio, han sido creados para tal fin, o si el hombre es para el derecho y el estado. A estas posturas antitéticas, las denomina personalismo y tras-personalismo.

El autor mencionado afirma que la democracia liberal y la democracia humanista se complementan, ya que esta es, un medio al servicio de la libertad, la forma de realizarse y al mismo tiempo su garantía; es este un gobierno que surge por voluntad popular, y dentro de este, se garantizan los derechos de las minorías y se salvaguardan todas las libertades.

En contraste a las anteriores posiciones y con el-

(3).- RECASENS SICHES, Luis. Filosofía del Derecho . -
Págs. 191 y siguientes.

objeto de llegar a una idea mas aproximada de lo que es la democracia, exponemos la teoría de Karl Schmitt (4)- quien le da a este concepto, un enfoque que nos introduce a el terreno de la ciencia política y del campo técnico-jurídico constitucional con lo que este concepto, tiene profundas raíces.

El autor que seguimos, parte de los conceptos que ya han manifestado otros tratadistas, para afirmar que democracia es una forma política que identifica a el pueblo con su existencia real, como unidad política. El pueblo es el poder constituyente, se da a si mismo una constitución, es el portador de una soberanía "Potestad" de un pueblo para organizar y decidir por si mismo su destino", como dijera Rosseau; al pueblo pertenece esa potestad, a los gobernantes solo la voz. El pueblo, como sujeto del poder constituyente, designa a sus gobernantes, determina las bases sobre las que se deba gobernar, pero no por ello es autoridad. Es siempre algo mas que un órgano que funciona con competencia para resolver asuntos oficiales; existe y subsiste como entidad no organizada que manifiesta su voluntad en las reuniones populares dando lugar a la opinión pública, controladora de toda la actividad estatal y segura garantía contra cualquier abuso del poder.

Democracia, en las consideraciones anteriores; además, de forma política de gobierno, es también modo de ejercer ciertas actividades estatales, como manera de organizar los poderes en forma tal, que los ciudadanos tengan en ellas, la más amplia participación.

"Otros pensadores definen a la democracia como el -

(4).- SCHMITT, Karl. Teoría de la Constitución. Págs. 559 y siguientes. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.

Gobierno del Pueblo, por el pueblo y para el pueblo" (5)- el "Imperio de la opinión pública", etc. y de todas las definiciones consignadas y de los conceptos aludidos se desprende el principio esencial de la democracia; la igualdad de los miembros del estado para participar en la "res pública", para autodeterminarse, para gobernarse asimismo, principio que por esencial habrá que caracterizar, ya que la igualdad democrática no es una igualdad general de los hombres, sino una igualdad específica.

Como doctrina política que es, la democracia postula sobre la igualdad un concepto político y como tal debe tener la posibilidad de contraponerse al concepto de desigualdad.

La igualdad democrática se entiende dentro del Estado, y dentro de él son iguales todos sus súbditos, diferentes a los súbditos de otros estados; y mas aún son iguales políticamente solo los nacionales. En sentido no político, nacionales y no nacionales son iguales, pero no como consecuencia de la igualdad democrática sino de los derechos fundamentales del hombre, consignadores de todas las libertades humanas, y esto es así porque la igualdad democrática es homogeneidad del pueblo. (6).

Los otros dos elementos característicos de la democracia son los principios de libertad y mayoría, los que pasaremos a analizar, ya que, en el campo político, lo mismo que la igualdad, tienen una significación especial:

a).- Libertad, en sentido común y corriente, es ausencia de toda sujeción, en sentido político, libre es-

(5).- LINCOLN, Abraham, Oración de Gettysburg, Penn. 19 de noviembre de 1863.

(6).- SCHMITT, Karl. Ob. Cit.

el sujeto cuya voluntad individual se encuentra en armonía con la voluntad colectiva expresada en el orden social. Lo que solo puede lograrse cuando en su formulación han participado los individuos sujetos a él, lo que no es sino la autodeterminación del individuo por participar en la creación del orden social; en esencia, la libertad democrática no es más que autonomía. (7).

b).- Respecto al concepto de mayoría, dentro de la doctrina democrática actual, debe entenderse por ella, - la mayoría de los ciudadanos con derecho a voto, independientemente de que esa mayoría no lo sea de los súbditos del estado, ni de los habitantes de su territorio; pues "en los derechos activos no hay más goce que su ejercicio".

Considerar el servicio de un derecho a los incapacitados materialmente para disfrutarlo, es además de absurdo, atentatorio contra los capacitados; no puede permitirse a los ciegos que formen parte del jurado calificador en un certamen de pinturas, sin lesionar el derecho de los artistas y de los capacitados para juzgar el arte. Lo que la igualdad exige es que a nadie se excluya entre los capaces, que a nadie se estorbe la adquisición de la capacidad; más aún, que se provea a los atrasados de los medios para adquirir la capacidad que les falta; pero mientras no la tengan, la igualdad exige, con el mismo mayor imperio, que no se imponga la uniformidad - que la suplanta y destruye (8)

Kelsen, en relación al problema de la mayoría, so

(7).- KELSEN, Hans. Ob. Cit. Págs. 299 y 300

(8).- RABASA, Emilio. El Juicio Constitucional. México, - 1919, Págs. 21 y 23.

tiene que al formular el orden jurídico por el que se determinarán los individuos que a él quedaran sujetos, en uso de su soberanía, lo harán en virtud de un acuerdo, y, fácil es comprender que el acuerdo a esa formulación no puede ser unánime, sino mayoritario, y de los sujetos con derecho a voto. Al formularse el orden jurídico según el acuerdo mayoritario, se restringe el principio de la autodeterminación, pues a él quedarán sujetos aún los que hubieran votado en contra, por ello se habla de mayoría, pues solo así se garantiza "la mayor aproximación posible al ideal de autodeterminación compatible con la existencia de un orden social", y solo cuando la mayoría desapruuebe el orden existente, será posible un cambio.

Lo anterior no quiere decir que se excluya a la minoría y que impere "el dominio absoluto de la mayoría", aquella siempre conserva la posibilidad de influir en la voluntad colectiva, ya que ésta se estructura a través de la discusión entre la mayoría y minoría, y de la consideración del pro y del contra de sus argumentos, externados en reuniones políticas, periódicos, libros y demás vehículos de la opinión pública surgen los "compromisos", normas que resuelven el conflicto entre una y otra parte, y que no coinciden enteramente con los intereses de ninguna de las dos, sino que representan su justo equilibrio.

De lo expuesto se desprende que democracia (9) es entregar la gobernación del estado a la voluntad que en un momento dado represente a la mayoría. Este concepto material de democracia lo formula Kelsen sin fijarse en el contenido de concepciones e intenciones políticas. Según esto,

(9).- RADBRUCH, Gustavo.- Introducción a la Filosofía del Derecho. Fondo de Cultura Económica. 1955. Pág. 165.

el estado democrático no se hallaría vinculado a un determinado fin o a la voluntad de alcanzarlo, sería neutral - frente a todas las ideologías. Este modo de concebir la - democracia no es exacto. La democracia no es, en modo alguno, indiferencia a las concepciones políticas, si no - por el contrario, una concepción política propia y peculiar. "Detrás de la idea del relativismo, de la neutralidad, de la tolerancia, se haya el valor positivo de la li bertad como semillero y forja de la personalidad, la li bertad como base de la obra de creación cultural. Es ello la suma de todas las intenciones democráticas y en ninguna parte se expresa con tanta fuerza ese sentido de liberta d en que se inspira la democracia como en el discurso - de Pericles a los caídos, que Tucídides nos transmite en su historia, o en el discurso de Gettysburg del gran presidente norteamericano Abraham Lincoln".

La esencia de la democracia, afirma Radbruch, es - que la autoridad del estado, emana de la voluntad popular pero no queda aquí esa esencia, va mas allá, en la ideolo gía democrática cristaliza la aspiración más alta de todo hombre, la realización pura de la libertad, con lo que el concepto material de democracia, "gobierno de la voluntad mayoritaria", es completado en el concepto sustancial de ella: "Gobierno del Pueblo para la realización de la Li bertad". (10).

Las consideraciones anteriores nos dan elementos su ficientes para definir a la democracia: "Gobierno en el - que se identifican dominadores y dominados, gobernantes y gobernados, y cuya aspiración fundamental es la realizaci ón de la libertad" resultando ésta definición de los su puestos esenciales de ella, la igualdad y la libertad; -

(10).- IDEM (idem).

pues los gobernantes no nacen de una desigualdad, de la de nominación del débil por el fuerte, sino de la voluntad, - mandato y confianza de los que han de ser gobernados, gobernándose en esa forma así mismos, autodeterminándose como dijera Kelsen (11).

La distinción entre gobernantes y gobernados no se basa en que los primeros pertenezcan a una capa cualitativamente mejor, ésto contraría la esencia de la democracia, la homogeneidad e identidad del pueblo; la autoridad de que los gobernantes ostentan solo obedece al mandato del pueblo mismo, a la confianza que éste ponga en las personas que designe para gobernarlo, así los que gobiernan se distinguen de los gobernados a través del pueblo, no frente al pueblo, y sólo en acatamiento de la voluntad de éste, y con la mira de la realización del valor positivo de la libertad; Estrella Polar de los gobernantes en el sistema democrático.

B) CLASES DE DEMOCRACIA.- Son tres los tipos democráticos de gobierno; el Directo, el Indirecto o Representativo y el Semidirecto, cuyas características fundamentales serán analizadas a continuación.*

a).- DEMOCRACIA DIRECTA: Es el más puro tipo de democracia; en ella la legislación y las principales funciones ejecutivas y judiciales, son ejercidas por el pueblo reunido en asamblea, como único poder soberano. Este tipo de gobierno solo sería posible en comunidades pequeñas. Se afirma que en la Grecia antigua existió democracia directa, sin embargo, la función ejecutiva estaba en manos de uno o más funcionarios, nombrados por la asamblea popular, pero fuera de su designación, en el ejercicio de su función, llega

(11).- KELSEN, Hans. Loc. Cit.

ron a gobernar, en ocasiones en forma autocrática, caso del estado de guerra en el que se prestaba obediencia incondicional al caudillo. Este tipo de gobierno que es el más cercano a la Democracia Pura. fue posible gracias a las condiciones de vida imperantes, que entre otras son: menor población de los países de la antigüedad, menor extensión de su territorio, y simplicidad en las funciones sociales, económicas y políticas de esos Estados (12).

Por las razones expuestas, la Democracia Directa, en la actualidad no es realizable, pero es una meta a la que todos los gobiernos deben tender.

b).- DEMOCRACIA INDIRECTA O REPRESENTATIVA.- Por razones de división del trabajo, como afirma Kelsen, y por la imposibilidad de reunir en asamblea general a la masa de la población, como sostiene Lanz Duret (13), y como resultado de la aparición del espíritu de solidaridad corporativa, bastante desarrollado para hacer que el pueblo se encontrase dispuesto a ejercer su influencia en la estructuración del orden social por medio de agentes o representantes, surge el sistema de gobierno democrático representativo, en el que el pueblo pretende gobernarse por medio de las personas que al efecto elige por el sufragio. Esta forma especial de gobierno, por ser la adoptada por nuestra Constitución, en la que se admite la doctrina de la representación, conceptuando que el gobierno representativo es un Gobierno Democrático, en oposición a lo que sostienen ilustres tratadistas inspirados en las afirmaciones de Rosseau, y que argumentan: Si la soberanía reside-

(12).- LANZ DURET, Miguel. Derecho Constitucional Mexicano.- IV Edición. 1947 Pág. 63

(13).- OB. Cit.

en el pueblo, y es inalienable, nunca el pueblo podrá gobernarse a sí mismo por representantes; sólo será libre de elegir a sus gobernantes, pero no lo será para autodeterminarse, no lo será para elaborar el orden social, por lo que desaparecerá la coincidencia entre lo que el pueblo "debe hacer" y lo que el pueblo "quiere hacer", como lo expresaría Kelsen.

c).- DEMOCRACIA SEMIDIRECTA.- Es el tipo atenuado de Gobierno Directo; le dan el carácter de semidirecto cuatro instituciones fundamentales: la iniciativa popular, el referendun, la revocación y el voto popular. (14).

1).- La iniciativa popular es el derecho del pueblo para iniciar leyes que el Poder Legislativo deberá discutir y votar; considerándose este acto como prelegislativo, y el ejemplo más claro de esta institución lo encontramos en la Constitución Suiza del 29 de mayo de 1874, modificada el 11 de septiembre de 1949, en vigor, y que en sus artículos 118 a 123, establece: "La Constitución Federal puede ser modificada en todo tiempo, total o parcialmente. - Esa revisión puede ser iniciada por la Asamblea Federal o por cincuenta mil ciudadanos Suizos con derecho a voto, revisión que se somete a votación popular, por sí o por no. En cualquiera de los dos casos, si la mayoría de los votantes se pronuncian por la afirmativa, la Asamblea Federal, es renovada para trabajar en la revisión.

La iniciativa popular consiste en la demanda presentada por cincuenta mil ciudadanos con derecho a voto, reclamando la adopción de un nuevo artículo constitucional, o la abrogación o modificación de artículos determinados -

(14).- CONSTITUTIONS EUROPEENNES. MIRKINE GUETZUICH. Págs. 737 y sig. Tomo II.

de la constitución en vigor. Si por vía de la iniciativa popular se promueve alguna reforma o adición y ésta es aprobada por las cámaras federales, éstas procederán a su revisión y someterán en proyecto a la aprobación o rechazo del pueblo (Referendum) y de los cantones.

Si no es aprobada por las cámaras federales la iniciativa presentada, antes de su revisión es sometida al voto popular; si la mayoría de los ciudadanos que toman parte en la votación, se pronuncian por la afirmativa, la asamblea federal procederá a su revisión conforme a la decisión popular. La Constitución Federal, revisada, o la parte modificada o adicionada, entrará en vigor luego que sea aceptada por la mayoría de los ciudadanos Suizos que toman parte en la votación y por la mayoría de los estados.

2).- El referendum es el acto por el que las leyes discutidas y votadas por el legislativo, se someten a la aprobación popular, requisito sin el cual no adquieren fuerza de ley, realizándose el adagio latino "Lex est quod populus jussit". El referendum es un acto post-legislativo, que puede ser obligatorio o facultativo, según que todas las leyes requieran la ratificación de los ciudadanos o que solo sean algunas las que la necesitan, de acuerdo con el orden jurídico existente o a juicio de la asamblea legislativa.

El autor citado afirma que lo anterior lo encontramos consignado en la constitución suiza, la que establece como obligatorio el referendum para leyes constitucionales, lo que se aprecia nos dice este autor en el texto del artículo 123 de dicha constitución. La constitución federal revisada o en su caso la parte revisada de la misma entra en vigor cuando la acepta la mayoría de los ciudadanos que participan en la votación, y la mayoría de -

los cantones.

Para leyes ordinarias el referendum es facultativo,-- asi el artículo 89 del mismo ordenamiento, en su párrafo -- II, establece: "Las Leyes Federales, así como los acuerdos federales generalmente obligatorios que no tengan carácter urgente, deben ser sometidos además (---aprobación de ambos consejos, nacional y de los estados---) a la aceptación o -- recusación del pueblo, cuando así lo exijan treinta mil -- ciudadanos con derecho a voto u ocho cantones".

Tenemos también consignado el referendum en la cons-- titución de Weimar, referendum facultativo del que se pre-- sentan los siguientes casos.

a).-- Dispuesto por el presidente Reich a propuesta -- de la vigésima parte de los electores frente a una ley cu-- ya publicación se ha suspendido a instancia de un tercio,-- al menos, del Reichstag.

b).-- A petición del Reichstag cuando éste haya veta-- do una ley de reforma constitucional.

c).-- La revocación es la facultad del pueblo para re-- mover a su representante del cargo para el que lo ha elec-- to, por no cumplir su cometido en los términos estableci-- dos.

Esta es una garantía al fiel desempeño del cargo que se concede en las constituciones modernas a los electores, solo por excepción, ya que normalmente las revocaciones so lo pueden ser decretadas en caso de violaciones a la cons-- titución y por los tribunales o por el poder legislativo -- erigido en gran jurado, como acontece en México.

Así lo consignan algunas constituciones de los esta--

dos norteamericanos, como la de California, que en su artículo XIII sección primera estipula: "Todo funcionario público de elección del Estado de California puede en cualquier tiempo ser removido de sus puestos por los electores, quienes tienen la facultad de votar por un sucesor del removido, a través del procedimiento y en la forma que aquí se establece, procedimiento al que se da el nombre de remoción...."

Otro caso lo encontramos en la Constitución de Weimar cuyo artículo 43 establece: "El presidente del Reich puede, a solicitud del parlamento, ser removido de su cargo, por voto del pueblo, antes de la expiración de su mandato. La resolución del parlamento tiene que ser adoptada por una mayoría de dos tercios. Al adoptarse tal resolución, el presidente del Reich queda impedido para continuar en el ejercicio de su cargo. La negativa de removerlo, expresada por el voto popular, equivale a una reelección y tiene como consecuencia la disolución del parlamento".

El voto popular es una institución semejante al referendium, sólo que en ésta la acción popular debe manifestarse una vez que la ley esté en vigor y solo cuando los ciudadanos piden se someta al referendium; en caso de silencio por cierto tiempo, establecido en el orden jurídico, la ley ya no puede ser vetada. Este procedimiento lo encontramos en la constitución Jacobina de 1793 cuyo artículo 59, dice: "Cuando 40 días después del envío del proyecto de ley a todos los municipios, no hayan suscitado reclamación ninguna en mas de la mitad de los departamentos, una décima parte de las asambleas de los primitivos electores, se considera aceptado el proyecto y queda convertido en ley". Otro caso lo encontramos en la iniciativa de referendium consignado en la constitución de Weimar, forma de referendium facultativo antes descrito.

Conforme a lo anterior podemos afirmar que la democracia puede realizarse plenamente a través de la representación, que en el aspecto interno se debe manifestar por medio del sufragio directo y en el aspecto internacional se manifiesta por medio de elección indirecta.

CAPITULO IV.

EL TRATADO COMO FUENTE DEMOCRATICA INTERNACIONAL.

- A).- Trascendencia del Tratado en el Ambito Jurídico Internacional.
- B).- Kelsen y sus conceptos Técnicos sobre el Tratado.
- C).- El Tratado ante sus métodos de Interpretación y sus Principios.
- D).- Enumeración Doctrinaria de los Tratados.
- E).- El Tratado como Fuente Democrática del Derecho Internacional

CAPITULO IV

EL TRATADO COMO FUENTE DEMOCRATICA DEL DERECHO
INTERNACIONALA).- TRASCENDENCIA DEL TRATADO EN EL AMBITO JURIDICO
INTERNACIONAL.

La convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no ignoró la existencia de la multi-denominación atribuida al Tratado Internacional, así en primer término, en su artículo 2, que consigna con el título; "Términos empleados", (1) expresa:

"1.- Para los efectos de la presente Convención":

"2.- Se entiende por "Tratado" un acuerdo Internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional ya que conste en un instrumento único o en dos instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;" (2).

Asimismo, observamos que dicho documentos, reitera el criterio de que existen varias maneras de nombrar a una misma figura en la materia de estudio, pues el propio artículo 2, de la citada Convención, en su párrafo 2, consigna: "Las disposiciones del párrafo 1 sobre los términos empleados en la presente Convención se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se les -

(1).- CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS.- Mayo de 1969.- Pag. 3. Naciones Unidas, Asamblea General. Conferencia de las Naciones Unidas So
bre el Derecho de los Tratados, 1971.

(2).- Loc. Cit.

pueda dar en el Derecho Interno de cualquier Estado" (3).

Charles Rousseau señala, que en un sentido amplio, - el tratado internacional, es "todo acuerdo concluido entre los miembros de la comunidad internacional" (4)

Ahora bien, el hecho de que un mismo negocio jurídico de idéntico contenido material, tenga diversos nombres no impide su aceptación dentro del orden jurídico internacional. Esta es una confirmación más que una materia jurídica las instituciones determinan, además de su concepto y definición, su propia naturaleza, no por el nombre, sino por su contenido.

Siguiendo al mismo autor, debemos apuntar, también a este respecto, que la variada denominación al negocio jurídico internacional no obstruye su formalización pues su contenido material es mas trascendente que el procedimiento técnico que cada ordenamiento legal tengan establecido para su conclusión, ya que en realidad lo más importantes que esos instrumentos tienen o deben contener "La misma fuerza de obligar" a los signatarios en el cumplimiento de determinados derechos y deberes.

Debemos consignar que el término concluir un tratado Internacional, significa, que el mismo ha cobrado obligatoriedad entre los signatarios del mismo negocio, y ésto se logra después que el Tratado ha cumplido con todas las formalidades que exigen en el ordenamiento jurídico interno de cada sujeto signatario.

La anterior tesis es generalmente aceptada, pues no-

(3).- Ob. Cit. Pág. 5

(4).- ROUSSEAU, Charles.- Loc. Cit.

cabe la menor duda de que un Tratado Internacional tiene - plena eficacia jurídica, hasta que por medio de un procedi- miento de derecho interno, se le acepta como norma jurídi- ca integrante del ordenamiento legal interno del país u or- ganismo signatario. Este aspecto del Tratado Internacional será analizado con mayor amplitud, en apartado posterior - de este trabajo.

En sentido amplio, el Tratado Internacional, puede - ser definido como el acuerdo entre dos o más Estados o en- tre organizaciones de carácter internacional, o de estas - últimas con los primeros, para el efecto de crear, confir- mar, derogar derechos o deberes entre sus signatarios.

En cuanto a su importancia señala Friedmann (5) que- es evidente que el tratado está sustituyendo a la costum- bre como fuente principal de Derecho, en la cambiante y - compleja sociedad internacional contemporánea.

Por su parte, Morton A. Kaplen y Nicholas de B. - Katzenbach (6), consideran, que el tratado es un sistema - legal que adopta un procedimiento consensual-teórico, que- basa el derecho en el convenio entre Estados, que por su - contenido constituye evidentemente, la fuente principal de obligaciones jurídicas puesto que la existencia de la nor- ma y la aprobación de las partes signatarias, se establece sin dificultad ni titubeos.

A lo anterior, también se le debe agregar, afirman -

(5).- FRIEDMANN, Wolfgang.- La Nueva Estructura del Dere- cho Internacional. Pág. 156. Ed. F. Trillas. S.A. Mé- xico, 1957.

(6).- MORTON A. Kaplen y Nicholas de B. KATZENBACH.- Funda- mentos Políticos del Derecho Internacional. Pág. 26. Ed. Limusa-Wiley. S.A. México, 1965.

los autores citados, "que el estilo está cuidado y no sue le tener más ambigüedades que las características de cualquier documento legislativo; la utilidad de los tratados; el valor de su observancia, son comprendidos por todas las naciones" (7).

B).- KELSEN Y SUS CONCEPTOS TECNICOS SOBRE EL TRATADO.

Por la trascendencia que representan en el tema que pretendemos desarrollar y por la importancia que revisten, consignaremos los conceptos que sobre la convención hace Hans Kelsen (8). En primer término critica a la teoría tradicional porque ésta sólo ve a la convención, como acto jurídico, ya que únicamente la examinan desde el ángulo de aplicación del Derecho y la ejecución de las normas. Kelsen hace la observación de que conforme a tales consideraciones, al concluir una convención, los sujetos aplican una regla de derecho a una situación concreta y se sirven de ella sólo para regular sus relaciones recíprocas, y por lo tanto el efecto del acto jurídico, es de acuerdo con la teoría tradicional, una modificación en la esfera de los derechos subjetivos, en cambio en derecho objetivo, o sea, el orden jurídico apreciado como sistema de normas, no sufre cambio alguno.

Al considerar a la convención exclusivamente como acto jurídico, la teoría tradicional, se cierra la posibilidad de captar en todas sus faces la esencia del fenómeno en cuestión. Pasando por alto uno de los aspectos más importantes de la convención; la función creadora del derecho.

(7).- Loc. Cit.

(8).- KELSEN Hans.- El Contrato y el Tratado.- Traducción de Eduardo García Maynez. Págs. de la 3 a la 14.- - Imprenta Universitaria, México D.F., 1943

Así pues; la doctrina que se critica, da el concepto de convención atendiendo únicamente a su función de aplicación del derecho.

Por lo que nosotros hemos expresado en el apartado anterior, en el que establecimos las generalidades del tratado, consignando criterios, que ubican a esta figura como fuente primordial de Derecho Internacional, consideramos - quedar a salvo de la crítica referida.

El fin esencial de la convención es, por definición, producir efectos jurídicos. Pero como la convención tiene por su misma naturaleza, esa calidad que denominamos su fuerza obligatoria y los sujetos adquieren, a consecuencia de lo estipulado, obligaciones y derechos de que anteriormente carecían; "La función creadora de derecho", nos dice Kelsen (9), debe existir en cada convención, incluso en el contrato de derecho privado.

De esta manera vemos que, la antítesis entre creación y aplicación del derecho, que la teoría del derecho privado trata de presentar como absoluta, cuando contraponen la Ley al Acto Jurídico, no es sino relativa, ya que en la jerarquía del derecho, todo acto, constituye en principio, tanto una creación como una aplicación o ejecución del derecho.

La razón por la cual la teoría tradicional considera como absoluto el antagonismo entre la creación y aplicación del derecho, entre Ley y Acto Jurídico, y no reconoce a la convención su función creadora de derecho, reside en que identifica a la noción de derecho objetivo con la de norma general y opone a esta última el concepto de derecho

(9).- Loc. Cit.

subjetivo, al que considera como algo por completo diferente de una norma.

Si la convención tiene "fuerza obligatoria" y su efecto consiste en no obligar a los contratantes a la realización de una conducta a la que anteriormente no estaban obligados, significa que la convención ha creado una norma que exige esa conducta bien determinada misma que constituye el propio contenido de la convención. El efecto jurídico de ésta, es dicha norma, y no una voluntad superior a cada uno de los contratantes.

El autor de referencia en esta parte, también analiza "la convención como acto creador y norma creada", (10) haciendo la observación que el claro entendimiento de la función creadora de la convención, como acto generador de normas jurídicas se encuentra oscurecida por el hecho de que la palabra convención encierra un equívoco muy peligroso. Este vocablo significa tanto acto o procedimiento-determinado como el resultado jurídico de un acto o procedimiento.

Al decir celebrar una convención, se piensa en el acto, en el procedimiento, pero si se alude en cambio a ejecutar una convención, o a cumplir un contrato, se hace referencia a la norma creada por el hecho de la convención. Cuando el orden jurídico en el dominio del derecho-privado moderno, normalmente la Ley prescribe que hay que conducirse de acuerdo con la convención, hace de esta un hecho creador de normas jurídicas. En este caso hay una delegación de ley en la convención.

Se sobre entiende que la convención no tiene esa

(10).- Idem.

fuerza obligatoria por sí misma, sino que debe serle atribuida por una norma o un orden superior. Así observamos - que en el ámbito interno es por la Ley y en el Internacional por el derecho consuetudinario, que contiene la misma-regla que en la Ley de Derecho Interno, que en la misma se exige la realización de la conducta convencionalmente estipulada.

Afirma el citado autor que se debe observar "a la - convención como norma general y como norma individual" (11) sosteniendo que, la teoría del derecho privado toma sólo o principalmente en cuenta a el acto convención y proyecta a la norma en la ley que delega la convención. De este modo-la teoría descuida intencionalmente el hecho de la obliga-ción. La convención como contrato, aparece simplemente ante ella como acto jurídico, no como acto creador del dere-cho.

Esta manera de definir la convención que proviene - del hecho de erigir en absoluta la oposición entre la crea-ción del derecho (Ley) y la aplicación del derecho (acto - jurídico) tiene al menos en parte, su explicación, por la-circunstancia de que la norma creada por la convención de-derecho privado, tiene general y típicamente un carácter - individual.

En la mayoría de los casos el contrato obliga a un - sólo individuo a realizar un sólo acto, e impone únicamen-te una prestación. La oposición a las normas generales, - que obligan a un número indeterminado de individuos para - un número indeterminado de casos, a una conducta fijada de manera abstracta, no es absoluta, pero sí lo suficientemen-te impresionante para que con facilidad se le considere de

(11).- Ibidem.

esa magnitud.

Sin embargo y de una manera técnica, Kelsen hace énfasis en su consideración de ver a la convención como norma general y como norma individual, afirmando que ya en el derecho privado es posible encontrar convenciones (contratos) que dan nacimiento a normas generales.

Especialmente el desarrollo de las últimas décadas ha hecho en gran medida posible, en el terreno del derecho social, la creación convencional de normas generales. Citemos por ejemplo la "convención colectiva", -contrato- ley en nuestra legislación- concluida entre organizacio-- nes patronales y obreras, a la cual la ley da fuerza o- - bligatoria para los miembros de la organización y a veces también para patronos y obreros ajenos a las organizacio- nes contratantes. De esta modo es creada una forma mani-- fiestamente intermedia entre lo que se llama Ley y lo que se denomina Acto Jurídico, formas las dos últimas, a las que habitualmente se pretende considerar como opuestas en te si. En el caso anterior citado nos hayamos en presen-- cia de una convención cuya función creadora de derechos, - es decir, legisladora o creadora de normas jurídicas gene-- rales no puede dejar de señalarse.

Con la anterior exposición confirmamos nuestro criterio, de que el tratado es la fuente primordialmente objetiva y formal del Derecho Internacional, que el mismo - tiene las características de ser; documento legislativo - al crear normas jurídicas, y a la vez instrumento de apli-- cación del Derecho.

El resultado, es que se tiene a los tratados inter- nacionales, como norma de fiel observancia y de cumpli- - miento a sus cláusulas, porque los mismos confieren certi- - dumbre y estabilidad, de notable consideración en la mar-

cha de los asuntos internacionales.

Conforme a estas observaciones, estamos en posición de considerar que el tratado internacional, es el medio au tenticamente formal, tanto para crear como para establecer con precisión el contenido, carácter y alcance de una norma en el ámbito jurídico internacional.

C).- EL TRATADO ANTE SUS METODOS DE INTERPRETACION.

1.- Métodos de interpretación de los Tratados.

El Tratado Internacional, trae aparejado el problema de su cumplimiento que en realidad casi siempre, en su pro prio texto se incluyen las reglas necesarias para tal efecto y en las cuales se encuentra el contenido de los derechos y deberes aceptados por los sujetos de Derechos Inter nacional.

Sin embargo, en ocasiones, quienes se han obligado por un tratado internacional, no están de pleno acuerdo pa ra cumplir estrictamente las estipulaciones pactadas, por el sólo hecho de no comprender totalmente el alcance o el contenido del negocio jurídico internacional, es en estos casos cuando se requiere de algún sistema de interpretación para precisar o aclarar lo que se considere dudoso o ambiguo en el tratado.

En esta materia expondremos en primer término algunos conceptos doctrinarios:

Charles Rousseau, considera que existen dos sistemas de interpretación y a los cuales denomina; a).- "Por vía Internacional", y b).- "Por vía interna". (12)

(12).- ROUSSEAU Charles.- Ob. Cit. Págs. 42 y 43.

a).- En la interpretación por vía internacional, el autor de referencia distingue también dos formas:

1.- Si dicha interpretación la realizan de común acuerdo, expreso o tácito, las mismas partes, se le llama interpretación Gubernativa internacional.

2.- En cambio, estaremos ante una interpretación jurisdiccional si se confiere la facultad de señalar el sentido y alcance de un tratado, a un Tribunal Internacional.

b).- Interpretación por vía interna.

Este modo de interpretar los tratados, al igual que el anterior también se manifiesta en dos formas:

1.- Se considera como interpretación Gubernativa interna, si se fija el alcance y sentido de un tratado por medio de una Ley, decreto o de algún otro acto jurídico - de derecho interno.

2.- La interpretación jurisdiccional interna, se manifiesta cuando algún Tribunal Judicial de carácter interno de alguno de los países signatarios, se atribuye la facultad de interpretar el tratado en litigio.

Con esta somera exposición de la interpretación de los Tratados Internacionales por vía interna, queda de manifiesto que la misma se hace en forma unilateral por órganos puramente nacionales.

Sobre esta materia Hans Kelsen, nos dice que; "... para establecer las intenciones de los autores de un instrumento jurídico, se pueden tomar en consideración - las circunstancias históricas, políticas y económicas bajo las cuales este instrumento se ha realizado. En el ca-

so de una Ley, se puede recurrir a los debates parlamentarios que le han precedido, en caso de un tratado a las negociaciones que condujeran a su conclusión. Otro método de interpretar un instrumento jurídico en general, y un tratado en particular, es la interpretación de acuerdo con sus términos, la llamada interpretación lógico gramatical. El texto de un instrumento Jurídico puede no resultar conforme con las determinadas intenciones de sus autores; puede ir más allá o resultar más restrictivo que sus intenciones. Por lo tanto, una interpretación de acuerdo con las intenciones de los autores es, con respecto al texto, en el primer caso restrictivo, en el segundo caso extensivo. Ninguno de esos métodos de interpretación excluye al otro. El sujeto y órganos competentes para aplicar el derecho establecido en el instrumento jurídico tiene la elección entre ellos, ya sea que el instrumento fuese una Ley o un tratado, aunque el tratado fuera concluido con propósitos políticos u otros, a menos que una norma del instrumento legal, prescriba un método definido de interpretación. El Derecho Internacional general no contiene tal norma; pero un tratado puede estipular reglas relativas a su interpretación. En particular puede conferir a un Organismo Internacional como por ejemplo a un Tribunal Internacional, el poder de interpretar el tratado como fuerza obligatoria para las partes contratantes. Algunas veces una Ley o un Tratado no tienen otro propósito que el de interpretar una ley o un tratado anterior. Si la interpretación tiene fuerza obligatoria se habla de una interpretación auténtica".

"Los principios que conciernen a la interpretación jurídica en general se aplica también a la interpretación de los tratados que sean diferentes de aquellos referentes a la interpretación de otros instrumentos jurídicos" (13).

(13).- KELSEN Hans.- Principios de Derecho Internacional - Público. Ed. El Ateneo. Págs. 274 y 275. Buenos Aires, 1965.

Por nuestra parte, sin aumentar los sistemas de interpretación a los tratados internacionales, nos atrevemos a hacer una reclasificación, misma que exponemos bajo los dos métodos siguientes:

- 1).- Internos y
- 2).- Externos.

Consideramos como sistema interno, cuando en los mismos tratados se establecen las reglas o principios, bajo los que se han de interpretar los tratados internacionales y que órganos ya sean de carácter Estatal o Internacional son los facultados expresamente, para esclarecer o fijar el contenido y alcance del negocio jurídico internacional. Vemos en este sistema, no sólo la conveniencia de su precisión, sino que también se establece de una manera directa e inmediata en el mismo tratado.

El segundo sistema de interpretación propuesto, se puede aplicar, cuando no exista acuerdo previo entre las partes signatarias sobre quien ha de fijar, en caso de confusión, el alcance y contenido del convenio, en cuyo caso se somete la interpretación a la Corte Internacional de Justicia.

Cesar Sepulveda (14), a pesar de que niega la existencia de un sistema de interpretación a los tratados, consigna una serie de reglas que pueden utilizarse respecto a la interpretación de esta figura jurídica, advirtiendo este autor, que en este tema sigue a Oppenheim.

(14).- SEPULVEDA Cesar.- Derecho Internacional Público. - 3a. Edición Pág. 126. Ed. Porrúa, S.A. 1968.

"1.- Todos los tratados deben ser interpretados de acuerdo con su sentido razonable, en contradicción a su sentido literal.

"2.- Los términos empleados en un tratado deben interpretarse de acuerdo con su sentido usual, en el lenguaje ordinario, excepto cuando no están usados expresamente con cierto significado técnico, o cuando no esté aparente otro significado en el contexto del tratado.

"3.- Se debe suponer que las partes contratantes se proponen algo razonable, algo adecuado al propósito del tratado y algo no inconsistente con los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos.

"4.- Todo el tratado debe ser tomado en consideración si el significado de una de las estipulaciones es dudoso.

"5.- El principio "in dubio mitius" debe aplicarse en la interpretación de los tratados si, por consiguiente, una estipulación es menos onerosa para la parte que asumió una obligación o que interfiera menos con la soberanía de una parte, o que implica menos restricciones para las partes.

"6.- Puede hacerse referencia a tratados previos entre una de las partes y terceros para el propósito de aclarar el significado de una estipulación.

"7.- Si son admisibles dos significados de una estipulación según el texto del tratado, debe prevalecer el significado que la parte que propuso esa estipulación conocía en ese tiempo como ser el significado preferido por la parte que la acepta.

"8.- Si son admitibles dos significados, debe prefe--

rirse aquel que conceda menores ventajas para la parte - que se beneficia.

"9.- La máxima "expressio unius est exclusio alte--rius", ha sido observada en los tribunales internaciona--les en algunos casos planteados ante ellos.

"10.- Es del conocimiento común que si un Estado - mantiene un significado de un término que es diferente - del que se acepta generalmente, y si apesar de ello otro- Estado entra en pacto con él, ese significado deberá pre- valecer.

"11.- Si el significado de una estipulación es ambí- guo y una de las partes contratantes, antes de que surja- la controversia, hace saber que significado le atribuye,- la otra parte no puede insistir en un significado diferen- te si no protestó oportunamente.

"12.- Debe concederse que las partes se propusieron que las estipulaciones del tratado tuvieran ciertos efec- tos y no que no tuvieran alguno. Por conhiguiente, no es- admisible la interpretación que vuelva sin sentido o ine- ficaz a una estipulación.

"13.- Todos los tratados deben interpretarse en el- sentido de excluir fraude y hacer su operación consisten- te con la buena fe.

"14.- Las normas aplicadas comunmente por los tribu- nales en la interpretación del Derecho interno son sólo - aplicables en tanto que reglas generales de jurispruden--cia.

"15.- Si un tratado se concluye en dos idiomas dife- rentes y existe una discrepancia entre los dos textos, ca

da parte está obligada sólo por el texto de su propio idioma, a menos que se hubiera pactado de otro modo.

"16.- Es una regla bien establecida en la práctica de los Tribunales Internacionales que los trabajos preparatorios (Notas, memoranda, actas, etc.) pueden auxiliar para el propósito de interpretar cláusulas controvertidas de un tratado" (15).

Expuestos los anteriores conceptos doctrinarios, con singnaremos, lo que establece sobre el tema que examinamos la convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. - En sus artículos 31 y 32 incluidos en la sección 3, titulada: Interpretación de los Tratados, la cual, se localiza en la parte III, referente a la "Observancia, Aplicación e Interpretación de los tratados".

El primero de los artículos citados, dice:

"1.- Un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin".

"2.- Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos preámbulo y anexos:

"a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado.

"b) Todo instrumento formulado por una o más partes-

(15).- Ob. Cit. Págs. 126 y 127.

con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

"3.- Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

"a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación o de la aplicación de sus disposiciones.

"b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.

"c) Toda norma pertinente de Derecho Internacional-aplicable en las relaciones entre las partes.

4.- Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes".

El documento de referencia y sobre la materia que analizamos establece en su artículo 32 los "medios de interpretación complementarios". Consignando al respecto:

"Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31; o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

"a) Deje ambiguo u obscuro el sentido; o

"b) Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable" (16).

(16).- CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS.- Mayo de 1969. Ob. Cit. págs. 19 y 22.

2.- Principios que Rigen los Efectos del Tratado.

No cabe la menor duda que el tratado, en su sentido-estricto, principalmente produce la imposición de derechos y deberes, de manera directa y preponderante, entre los propios signatarios del Acuerdo Internacional.

I.- El principio "Res inter alios acta", recoge el enunciado que rige en el Derecho Internacional consuetudinario, expresado en forma relativa en el anterior párrafo. Pero lo que significa esta norma, es, que un tratado no produce efectos entre terceros Estados.

Sin embargo, el anterior principio que J. L. Brierly (17), denomina; "Pacta Tertis Nec Nocere Nec Produce Possunt", nos dice que sufre sus excepciones, puesto que la corte permanente estableció el criterio de que si se demuestra, que las partes pretendieron conferir un derecho para ejecutar el tratado a un Estado que no fue parte de él, no hay nada en el Derecho Internacional que pueda impedir que se de efecto a esta intención. (Señalando el autor citado en su nota al pie de página, que este criterio se expuso en el caso de Free Zones of upper Savoy and the District Gex. Serie A/B, núm. 46. p. 147) naturalmente dijo el Tribunal, que la intención nunca debe presumirse, si no que en cada caso debe asegurarse "cuando los Estados que estipularon en favor de un tercer Estado, pretendieron crear un derecho efectivo que el último haya aceptado como tal".

Este criterio de excepciones al principio en estudio, es reforzado por los conceptos que en este sentido vierte Alfred Verdross"... Efectivamente, la práctica in-

(17).- BRIERLY J.L.- La Ley de las Naciones; Introducción al Derecho Internacional de la Paz. Idem. Pág. 190.

ternacional nos muestra tratados en los que se conceden - derechos a terceros Estados, cláusulas de esta índole son en primer término, la cláusula de adhesión en los convenios abiertos, puesto que confieren a los Estados invitados el derecho de unirse al tratado..."

"Un tratado puede también otorgar un derecho a un - tercer Estado, sin darle facultad para que se adhiera al mismo" (18).

El criterio sobre la excepción de la regla en análisis, también consta en la Carta de las Naciones Unidas, en la que se instala un régimen de cooperación mundial en gran cantidad de materias, este documento expresa en su artículo 2, parte 6: "La organización hará que los Estados que no son miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales"(19). El concepto consignado de la facultad a la aludida organización de hacer que Estados no miembros, respeten las finalidades principales de la comunidad internacional. Aquí, aunque de manera abstracta, se nota que se impone una obligación a terceros Estados.

En correlación a lo anterior, la Carta de las Naciones Unidas también de facultades a terceros Estados. Así, en el artículo 32, en forma específica, concede el derecho a Estados no miembros, de acudir a las discusiones del Consejo de Seguridad, relativa a una controversia, en la que fuesen parte

(18).- VERDROS, Alfred, Derecho Internacional Público. - Pág. 152 Trad. de Antonio Truyol y Serra. Ed. Aguilar, Madrid. 1957.

(19).- CUSHMAN, Coyle David. Las Naciones Unidas, Como Funcionan. Págs. 293 y 294. Edit. Pax. Méx. 1967.

la que fuesen parte (20).

El fenómeno de excepción a "La norma Res inter alios acta", lo observamos principalmente en dos formas:

1) Cuando otros sujetos de Derecho Internacion aceptan unirse a un tratado en el que originalmente no fueron partes.

2) El acuerdo internacional en que los Estados finalmente se imponen el deber de beneficiar o respetar a terceros Estados.

La accesión y la adhesión, son las figuras que manifiestan a la primera de las formas que rompe el principio de que el Tratado sólo surte efectos entre las partes, que originalmente lo hayan firmado. Por medio de estas configuraciones, terceros Estados pueden llegar a participar en un acuerdo en que no fueron signatarios, aceptando someterse a las estipulaciones ya establecidas.

Con la accesión, un tercer Estado, se agrega a petición propia a un tratado que ya tiene eficacia para otros Estados, convirtiéndose así en parte, con todos los derechos y deberes inherentes al pacto internacional. Pero, para que surta efectos la petición y se le considere parte, es necesario el consentimiento de todos los miembros del tratado de referencia.

Se configura la adhesión cuando el Estado que se incorpora, no hace sino cumplir previamente las condiciones estipuladas y manifestar su voluntad de quedar como miembro del tratado.

(20).— Opus Cit. Pág. 624

Manuel J. Sierra, considera que la adhesión está sujeta a menores solemnidades; en cambio, la accesión no puede realizarse, sino hasta que haya cumplido todos los requisitos que el tratado establece (21).

Esta figura también está regulada en la Convención de Viena en su artículo 15, el cual prevee, con el título de: "Consentimiento en obligarse por un Tratado manifesto mediante la Adhesión".

"El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la adhesión";

"a) Cuando el Tratado disponga que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión;

"b) Cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión, o

"c) Cuando todas las partes hayan convenido ulteriormente que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión" (22)

La segunda forma, que al igual que la anterior, rompe el principio de la relatividad inherente a los tratados internacionales, también tiene diversas formas de manifestarse, que de acuerdo con Charles Rousseau, son las siguientes: (23)

(21).- SIERRA, J. Manuel. Tratado de Derecho Internacio--
nal Público. Pág. 419. 3a. Edic. 1969.

(22).- CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATA--
DOS. Mayo del 1969. Opus. Cit. Pág. 10

(23).- ROUSSEAU, Charles. Opus Cit. Pág. 59.

a) Negociaciones internacionales que crean una situación jurídica objetiva y que podemos ejemplificar de una manera concreta; un tratado que establece el respeto territorial de un tercer Estado.

b) También existen acuerdos internacionales que incluyen la cláusula de la Nación más favorecida.

La Convención de Viena (24), en su parte tercera, — sección 4, con el título : Los Tratados y los Terceros Estados, incluye en sus artículos 34, 35, 36, 37 y 38, la reglamentación sobre el efecto de los tratados ante terceros Estados. El primero de los preceptos citados establece como norma general que un tratado no crea obligaciones ni derecho para un tercer Estado sin su consentimiento.

En cambio, el siguiente artículo, consigna algunas reglas para los tratados en que se preveen obligaciones para terceros Estados y al respecto dice: "una disposición de un tratado dará origen a una obligación para un tercer Estado si las partes en el tratado tienen intención de que tal disposición sea el medio de crear la obligación y si el tercer Estado acepta expresamente por escrito esa obligación".

El artículo 36, de la citada Convención, consigna — las disposiciones para los tratados en que se preveen derechos para terceros Estados, señalando en sus párrafos:

"1) Una disposición de un tratado dará origen a un—

(24).— CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS. Período de Sesiones Primero— y Segundo. Viena, 26 de Marzo, 24 de Mayo de 1968, y 9 de Abril, 22 de Mayo de 1969, Pág. 318. Documentos Oficiales. Documentos de la Conferencia. Naciones Unidas, Nueva York. 1971.

derecho para un tercer Estado si con ello las partes en el tratado tienen la intención de conferir ese derecho al tercer Estado o a un grupo de Estados, o si el tercer Estado asiente a ello, su consentimiento se presumirá mientras no haya indicación en contrario; salvo que el tratado disponga otra cosa".

"2) Un Estado que ejerce un derecho con arreglo al párrafo 1, deberá cumplir las condiciones que para su ejercicio estén prescritas en el tratado o se establezcan conforme a éste" (25).

La revocación o modificación de obligaciones o de derechos a terceros Estados está regulada por el artículo 37 del Estatuto de que nos ocupamos, indicándonos en sus dos párrafos, lo siguiente:

1) "Cuando de conformidad con el artículo 35 se haya originado una obligación para un tercer Estado, tal obligación no podrá ser revocada ni modificada sino con el consentimiento de las partes en el tratado y del tercer Estado, a menos que conste que habían convenido otra cosa al respecto".

2) "Cuando de conformidad con el artículo 36 se haya originado un derecho para un tercer Estado, tal derecho no podrá ser modificado ni revocado por las partes si consta que se tuvo la intención de que el derecho no fuera revocable ni modificable sin el consentimiento del tercer Estado" (26).

El artículo 38 acepta las normas de un tratado que lleguen a ser obligatorias para terceros Estados en vir--

(25).- Loc. Cit.

(26).- Idem.

tud de una Costumbre Internacional, consignando al respecto que "Lo dispuesto en los artículo 34 a 37 no impedirá - que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatorio para un tercer Estado como norma consuetudinaria de Derecho Internacional, reconocida como tal" (27).

En cuanto a los tratados que benefician u obligan a terceros Estados, que como observamos rompen el principio de la relatividad inherentes a los negocios jurídicos internacionales, tienen causas completamente justificables y sobre todo que con ello sigue en práctica el principio - "erga omnes", incluido en toda norma de derecho.

II.- La Norma "Pacta sunt Servanda".

Esta regla del Derecho Internacional es la más antigua, y también la más fundamental, nos dice Fenwick (28), - pues es la que se refiere a lo sacramental de las obligaciones derivadas de las Convenciones Internacionales. Además de que es el postulado de que las Naciones deben obrar con absoluta buena fe para el mantenimiento y respeto de las obligaciones derivadas de los tratados, también se le considera desde las épocas más remotas como un deber inherente para todos los Estados en sus relaciones Jurídicas Internacionales. Y es que en esta regla implícitamente se acepta el criterio de que si no puede confiarse en los compromisos de los Estados, las relaciones de toda comunidad internacional, serían inestables y con ello se pondría en duda la existencia del Derecho Internacional.

"De los principios que rigen la mecánica jurídica de los tratados, el más importante es "la norma pacta sunt -

(27).- Idem.

(28).- FENWICK, Charles G. Derecho Internacional. Pág. 490
Bibliografía Omeba, E. J. Libreros. B.A. Arg. 3a. -
Edic. 1963.

servanda" que prescribe la obligatoriedad de los pactos. Este principio debe equipararse al enunciado del Derecho Interno de que los pactos legalmente celebrados, deben ser puntualmente cumplidos". Esto es lo que afirma Ricardo Silva (29).

En el campo del Derecho Internacional este principio tiene vigencia en las diferentes manifestaciones del acuerdo internacional; tratados, convenciones expresas o tácitas, declaraciones unilaterales, asimismo se extiende a las otras fuentes de esta rama jurídica.

Con el objeto de demostrar la importancia de este principio, en el ámbito jurídico, el autor antes citado (30), nos transcribe el texto de una serie de estatutos de organizaciones de carácter jurídico internacional:

La Carta de las Naciones Unidas, se refiere en forma por demás clara al principio de la Norma "pacta sunt servanda", en el artículo 2, párrafo 2, que a la letra dice: "los miembros de la organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta carta" (31).

También el artículo 10 de la Convención de la Habana sobre tratados de 1928, se refiere al mismo principio, señalando: "Ningún Estado puede eximirse de las obligaciones del tratado o modificar sus estipulaciones sino con -

(29).- MENDEZ Silva, Ricardo. Los Principios del Derecho de los Tratados. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie. año III. No. 2, Pág. 93 y Ss. U.N.A.M.

(30).- Loc. Cit.

(31).- Opus Cit. Pág. 94

el acuerdo pacíficamente obtenido de las otras partes con tratantes" (32).

El proyecto de convención sobre el derecho de los tratados de la Comisión de Derecho Internacional, también toma en cuenta el principio que nos ocupa. Señalando en su artículo 23: "todo tratado en vigor es obligatorio sobre las partes y debe ser cumplido de buena fe" (33).

Este proyecto se convirtió en una parte de la citada Convención de Viena, incluido en la parte tercera de la sección primera que tiene como título "Observancia de los Tratados", especificando en su artículo 26 con la denominación "Pacta Sunt Servanda".

"Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe" (34).

En los artículos descritos anteriormente se encuentra el concepto de buena fe; por lo que la jurisprudencia internacional ha considerado a este concepto como parte integrante de la norma "pacta sunt servanda".

III.- La Cláusula "Rebus sic Stantibus", contiene la posibilidad de alterar lo pactado cuando ocurra un cambio fundamental en las circunstancias que dieron origen al convenio internacional.

Se ha querido ver, apunta Mendez Silva (35), a esta cláusula, como una excepción a la norma "pacta sunt servanda". Pero debe señalarse que por la forma como opera -

(32).- Idem.

(33).- Ibidem.

(34).- CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS. Mayo de 1969. Opus. Pág. 19.

(35).- MENDEZ Silva, Ricardo. Opus. Cit. Pág. 95.

"La cláusula *Rebus sic stantibus*", no puede concebirse como una excepción al principio de la obligatoriedad de los pactos, porque al sobrevenir un cambio de circunstancias al tratado no se extingue o se modifica automáticamente, sino que para ello, es necesario el consentimiento de las partes.

Lo anterior motiva dos apreciaciones en los tratados, con respecto a esta cláusula; que al contrario de la costumbre, evoluciona al mismo ritmo de la realidad y que el principio de la obligatoriedad en los pactos internacionales, no sufre menoscabo alguno en su eficacia.

Este principio que establece la posibilidad de alterar las obligaciones cuando ocurra un cambio de circunstancias, mostró pérdida de importancia, en virtud de que la práctica internacional se había guiado por el criterio de poder celebrar Tratados Internacionales por tiempo de terminado, mismo que generalmente es corto, o el de incluir en el convenio, cláusulas que permitan la denuncia después de cierto término.

Pero esta posibilidad de alterar lo originalmente pactado, cobró auge y hasta puede decirse, de inminente vigencia, al establecerse en el artículo 41 de la ya varias veces citada Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, las Condiciones y Requisitos de Procedimiento para modificar los Tratados. El precepto de referencia reza:

"Artículo 41. Acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente:

"1. Dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el Tratado únicamente en sus relaciones mutuas:

"a) Si la posibilidad de tal modificación está prevista por el tratado; o

"b) Si tal modificación no está prohibida por el tratado a condición de que:

"i) No afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones, y

"ii) No se refiere a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto.

2. Salvo que en el caso previsto en el apartado del párrafo 1, el tratado disponga otra cosa, las partes interesadas deberán notificar a las demás partes su intención de celebrar el acuerdo y la modificación del tratado que - en ese acuerdo se disponga" (36).

IV.- Principio "Ex Consensu Abvenit Vinculum". El tratado internacional tiene como base y fundamento el consentimiento de quienes en él intervienen. Este principio - rige en todo las fases de elaboración del negocio jurídico internacional.

Con la concepción de que el consentimiento se proyecta vigorosamente a todo lo largo del panorama convencional Méndez Silva se centra en el estudio minucioso de los aspectos de generalidad y excepción a este principio, cuyos conceptos los hacemos afines a nuestro criterio. Así también, por encontrarlos estrictamente apegados al estudio sistemático de la materia, son causas que nos impulsan a -

(36).- Opus. Cit. Pág. 27.

transcribirlos:

"Debe verse la adhesión como voluntaria para todas las partes, tanto los miembros originarios del tratado, - como los Estados que accedan a él... En las reservas priva también el principio del consentimiento: Véase por ejemplo la posición del Continente Americano, y en la postura adoptada por la Corte Internacional de Justicia en 1951, el efecto que se produce entre el Estado que presenta una reserva y el que no acepta, en que el tratado en su totalidad no entre en vigor. Para la terminación de los tratados se desenvuelve el mismo principio; la denuncia que se ve como una forma de terminación unilateral, - tiene en realidad una base convencional, ya que únicamente puede operar cuando ha sido expresamente reglamentada dentro del tratado. La propia cláusula rebus sic stantibus, en la que nos hemos detenido en la sección anterior, no produce la desvinculación automática del tratado, sino simplemente, da lugar a una revisión de acuerdo, con la que tiene lugar por mutuo consentimiento" (37).

Con referencia al concepto de que en las reservas también priva el principio del consentimiento, encontramos en Pastor Ridruejo la remisión del caso que describe la posición de la Corte Internacional de Justicia, diciendo este autor que: "En dictamen sobre reservas y la Convención de Genocidio, el Tribunal ha tenido ocasión de hacer diversas consideraciones sobre las reservas y sus efectos..." (38).

(37).- Opus. Cit. Pág. 100

(38).- PASTOR Ridruejo, José Antonio. La Jurisprudencia del Tribunal Internacional de la Haya. (Sistematización y Comentarios) Pág. 60. Edit. Rialp, S.A. - 1962.

En el dictamen narrado por Pastor Ridruejo, (consig-nando el lugar consultable con la nota "C. I. J. Recucil,-1951. Pp. 21 y 22"), (39), sobresale, en nuestra opinión,- el criterio de que: "Está bien establecido que un Estado - no puede en sus relaciones convencionales quedar ligado - sin su consentimiento y que en consecuencia, ninguna reser-va le es oponible en tanto no haya dado su consentimien- - to....."

"Esta concepción directamente inspirada en la noción del Contrato, conserva un valor de Principio Innegable" - (40).

Continuando con Méndez Silva en este tema: "Puede de- cirse que sólamente por voluntad de las partes se estable- ce un tratado. No puede obligarse a un Estado a celebrar - un determinado pacto. Tal cosa podrá repercutir en el pres- tigio del Estado; que lo impregne de una imagen aislacio- nista, sin embargo, no se puede obligar a un Estado a con- tratar en el plano internacional. Por ejemplo, en la Con- vención de Ginebra sobre Protección de los Recursos Vivos- del Mar, se contempla la posibilidad que tiene un Estado - de obligar a otros a celebrar un tratado para la protec- - ción y la explotación racional de una determinada especie- en un banco pesquero en alta mar".

"Se ha señalado, bajo el amparo de este principio, - que pueden celebrarse cualquier tipo de tratados, en razón del consentimiento, los Estados pueden concluir los trata- dos que deseen. Debe verse también este comentario a la - luz de ciertas excepciones:

(39).- Opus Cit. Pág. 62

(40).- Loc. Cit.

"a) Tratados que contienen obligaciones inmorales.- Sobre este punto se inclina un sector poderoso de la doctrina. Se ha objetado que el derecho no puede estar supeditado a otros ordenamientos normativos. La norma jurídica es independiente del precepto moral. En nuestro concepto, el consentimiento no puede perfeccionar una obligación convencional que contiene un objeto inmoral".

"b) Limitaciones impuestas en algunos tratados respecto a la conclusión de ciertos tipos de acuerdos. Como ejemplo típico puede presentarse el caso de los Estados en neutralidad perpetua, cuyo status lo adquieren a través de una vía convencional y cuyo compromiso primordial es no participar en ningún convenio que pueda alterar su neutralidad. Esto restringe la posibilidad de celebrar cierto tipo de tratados. Suiza, inclusive, no es parte de la Organización de las Naciones Unidas porque ciertos artículos pueden quebrantar su posición tradicional".

"c) No pueden celebrarse tampoco tratados que vayan contra de normas que integran el cuerpo del Derecho Internacional Universal, estén consignadas en forma consuetudinaria o cimentadas convencionalmente".

"En este contexto, es interesante destacar lo consignado por el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas: En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de las Naciones Unidas y cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta".

"Este principio ya había sido adoptado por el artículo 20 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, que tenía otra redacción y establecía un régimen más detallado. Señalaba que el Pacto derogaba cualesquiera obligaciones o inteligencias de intereses incompatibles con sus térmi-

nos. Apuntaba también el compromiso solemne de los miembros de no contraer otros análogos en lo sucesivo".

"Debe señalarse, que tanto en uno como en otro supuesto, prevalecen siempre las normas de la organización.- Esto tiene vigencia no únicamente para los tratados que posteriormente hubiesen sido concluidos a la adopción de la Carta, sino inclusive a los tratados anteriores. No es este punto, más que la afirmación rotunda de que prevalece siempre el Derecho Internacional Universal sobre el Derecho Internacional Particular".

"d) El consentimiento por sí solo no perfecciona tan poco a un tratado cuando éste se encuentra en oposición a un tratado anterior celebrado entre otros Estados. Esto es, un tratado ante el Estado A y el Estado C. En este caso, - prevalece el primer tratado. Las circunstancias son distintas, tratándose de un tratado posterior celebrado entre - los mismos Estados de un Tratado anterior. Aquí rige el - principio de que la Ley posterior derogue a la Ley anterior. Sin embargo, este principio sólo puede ser aplicado al derecho de los tratados cuando no perjudica derechos de terceros adquiridos con anterioridad" (41).

D).- ENUMERACION DOCTRINARIA

Es de presumirse que si es variada la denominación - de esta figura jurídica, múltiple también ha de ser su ordenación en clases o tipos:

1.- La primera clasificación que consignamos es dada por la importancia de la fuente; ya que la encontramos en-

(41).- MENDEZ Silva, Ricardo. Opus. Cit. Pags. 100 a 102.

el texto del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el que establece: "El Tribunal aplicará:

"I. Los convenios internacionales, tanto generales como particulares que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes" (42).

Este texto legislativo internacional establece la existencia de tratados internacionales de carácter:

a) General y b) Particular.

Por la misma denominación con que se identifica a los tratados en esta clasificación, deducimos que son de carácter general aquellos que contienen normas que prevén situaciones de una manera abstracta.

En cambio, serán Particulares los tratados que contengan la regulación de asuntos concretos entre las partes.

2.- Por otra parte, en esta materia, Charles Rousseau (43) se concreta a consignar las siguientes:

a) Clasificación de orden material, en la que se distingue el tratado normativo, del tratado-contrato.

1).- En el primero se establecen normas jurídicas que tienen por objeto establecer una regla de derecho ob-

(42).- ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. - Texto tomado de: Las Naciones Unidas, Orígenes, Organización, Actividades. Pag. 646. Servicio de Información Pública. 1945-1965. 3a. Edic. Naciones Unidas. Nueva York.

(43).- ROUSSEAU, Charles. Opus Cit. Pág. 13

jetivamente válida y se caracterizan por que la voluntad de todos los signatarios tiene idéntico contenido.

2). El tratado contrato es un acto de carácter subjetivo que produce contraprestaciones ente los signatarios - del mismo acuerdo.

b) Clasificación de orden formal. En la que se toma como base el número de signatarios que intervienen en el convenio; de esta manera serán tratados:

1) Bilaterales, si es que sólo firman dos sujetos - de Derecho Internacional.

2). Colectivos, si se concerta entre varios Estados - u organizaciones de carácter jurídico internacional.

Siguiendo un orden apegado a la teoría y práctica jurídica internacional, nos atrevemos a proponer otras clasificaciones sobre el Tratado Internacional.

3.- Por la forma de ser concluidos:

a) Formalizados, son aquellos tratados que han logrado su perfección mediante el cumplimiento de todos los requisitos señalados por el usual procedimiento de su celebración.

b) Simplificados, son aquellos que se concluyen sin la intervención formal del jefe de Estado, por lo que se les conoce sólo como acuerdos, apuntando Charles Rousseau que sólo obligan moralmente (44).

(44).- Ibidem. Pág. 12

c) Si se limitan o no limitan al número de miembros.

1) El Tratado Internacional que limita el número de sus miembros será un convenio cerrado.

2) Por el contrario, será Convenio Abierto, aquél - tratado que conceda la posibilidad de que se aumente el - número de sus miembros.

4.- Tratados Iguales y Desiguales:

Esta clasificación la encontramos en Korovin (45) - en cuya obra se nos indica que es Tratado Igual el que es concluido en un plano de igualdad jurídica entre las partes, por lo que deben ser estrictamente observados. En - cambio, serán tratados Desiguales los que no cumplan con el requisito citado en primer término y por lo mismo no - obligan jurídicamente.

Méndez Silva (46), nos proporciona algunas notas dis tintivas para apreciar de mejor manera esta clasifica- - ción:

a) El Tratado Igual, es engendrado por el principio de la igualdad de las partes, se da el libre consentimiento de las partes comprometiéndose, en igualdad de circunstancias y prestaciones.

b) Los Tratados Desiguales incluyen en su contenido elementos de presión, que desequilibran la voluntad de -

(45).- KOROVIN, Y.A. Derecho Internacional Público. Versión española de Juan Villalba. Edit. Grijalbo S.A. México, 1963.

(46).- MENDEZ Silva, Ricardo. Opus Cit. Pág. 98.

las partes o producen el efecto de explotación de un Estado sobre otro.

El autor de referencia indica que, el efecto de los tratados iguales y de los tratados desiguales es radicalmente distinto, puesto que mientras los últimos son nulos, los primeros tienen plena vigencia.

Consideramos que la anterior observación es con estricto apego a la teoría jurídica, porque en la práctica internacional veremos constantemente que el país poderoso sigue imponiendo sus condiciones a la parte débil, principalmente en materia económica.

E).- EL TRATADO COMO FUENTE DEMOCRATICA DEL DERECHO INTERNACIONAL.

El tratado, principalmente en su versión multilateral y de convención jurídica internacional tiene la perspectiva de ser una fuente democrática del Derecho Internacional.

La organización de las Naciones Unidas, máximo organismo internacional, en cuya Asamblea General se da la oportunidad a los países grandes o pequeños, débiles o poderosos y de distinto régimen jurídico-político, de que expongan su particular criterio y sus respectivas nociones a consideración de los demás miembros. Sin embargo tiene al margen de la misma la representación de un gran sector de la población del mundo. El ejemplo más experimentado de esa marginación ha sido el caso de la China Continental.

Para ese efecto se argumentó que el artículo 4o. de la Carta de las Naciones Unidas, dispone, que sólo pueden ser miembros de la organización, los Estados amantes de la paz y capaces de cumplir sus obligaciones internacionales.

Además, también se arguyó la existencia representativa de la China Nacionalista.

Sepúlveda analiza esa opinión; "un examen de tales argumentos dejan insostenible esta posición. En primer término, la clasificación de amante de la paz no se rige por normas objetivas. Tal vez varios de los miembros originarios de la Organización pudieran no ser considerados en esa categoría. En segundo lugar, si se culpa a China de agresora por lo de Corea, debe recordarse que fue Rusia, y no China la que actuó entonces, y que la aparición de tropas chinas en el conflicto pudo deberse a un amago temido, al avanzar los cuerpos militares de las Naciones Unidas. En tercer término, todavía no se ha probado si el régimen de Mao podría o no cumplir con las obligaciones internacionales que le correspondan.....".

"Por lo que se refiere a que ya existe representación -la de Formosa o Taiwan- en la Organización General, ello no es sino una ficción, pues evidentemente que esas autoridades no ejercen el menor control sobre tierra firme, ni sus actos en los órganos de las Naciones Unidas tienen la más pequeña trascendencia para China Continental. Se trata pues, de un embrollo político que ha puesto a prueba muchas normas y principios del derecho de gentes".

"Bien vista la cuestión, la no admisión de la China Popular es un caso mas bien de suspensión o de expulsión de las que contemplan el artículo 6o. de la Carta, realizando sin observancia de las condiciones jurídicas que proceden y puede considerarse de ilícito"(47).

(47).- SEPULVEDA, Cesar. Desarrollo y Movimiento del Derecho Internacional, Revista de la Facultad de Derecho, pág. 349 Tomo XIV, Abril 1964. No. 54.U.N.A.M.

La exclusión a la convivencia internacional con los pueblos del Continente Asiático, llegó al extremo de que las federaciones deportivas de carácter internacional, prohibieron a sus integrantes celebrar competencias con esos países. A este respecto cabe señalar que una actividad de la naturaleza que estamos señalando, ha servido de pretexto para un acercamiento cortés entre Estados Unidos de Norteamérica y la República Popular de China, conforme se observa el desarrollo de esas relaciones, podemos afirmar que con el ingreso del último país al seno de la Organización de las Naciones Unidas, se demostrará el espíritu democrático y la tendencia Universalista que debe prevalecer en el Funcionamiento del máximo organismo internacional."

Nosotros consideramos que en realidad, la actitud de los Estados Unidos de Norteamérica no se debe precisamente a conseguir un acercamiento meramente amistoso, sino que ello se debe a que pretende extender sus mercados y que mejor que ese sector de la población mundial para introducir sus productos. Así vemos que este país para conseguir sus objetivos económicos, está utilizando como instrumento la convivencia internacional.

Pero si tal posición no es en realidad del todo plausible en cambio con la participación de la China Popular, y a la postre las demás Naciones que por situaciones similares a este país aún se encuentran marginadas del máximo organismo internacional, le darán a éste la vocación de universalidad que debe tener y de esa manera ha de convertirse la asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en un centro en el cual se escucharán y se pondrán en debate toda clase de conflictos jurídicos en busca del criterio adecuado para resolver la cuestión que se plantee. Esto último indudablemente que convertirá a las resoluciones del citado organismo en cuanto tengan la calidad de convenios jurídicos internacionales, en una auténti

ca fuente democrática del Derecho Internacional.

Así mismo dentro del mismo criterio consideramos - que probablemente en los tratados multilaterales, es en - donde los países económicamente débiles y por lo tanto relegados políticamente, tienen oportunidad de ser escuchados y tomados en cuenta en las resoluciones o recomendaciones que se dicten, lo que sirve para convenios futuros en que se trate materia similar. Trascendiendo ésto en el ámbito jurídico como fuente de los tratados internacionales.

CONCLUSIONES.

I

Es el espíritu humano el que hace que el hombre trate de estructurar su existencia no solo en el Orden Jurídico sino en todos los ámbitos en que se desarrolla de aquí, el espíritu humano puede considerarse como Fuente Primordial de todas las manifestaciones culturales y materiales que desarrolla el ser humano en el Orden Normativo.

II

Para encontrar el significado del término fuente hay que conducirnos hacia el fenómeno, Entidad u Organo que produce el Ordenamiento Jurídico.

III

La clasificación de las Fuentes del Derecho aceptada en el ámbito doctrinario, es la división en Reales y Formales también llamadas Directas e Indirectas.

IV

Indudable es que los factores de carácter social en todos sus Ordenes son los que originan o dan nacimiento a las Fuentes Reales del Derecho, y que el estudio de las Fuentes Formales permite conocer el sistema legal de que se trate en cada caso (Ley, Costumbre y Jurisprudencia. Es to sin desconocer la importancia que revisten la Doctrina y los Principios Generales del Derecho).

V

Consideramos que para llegar a un verdadero estudio-

de la Teoría General de las Fuentes del Derecho, se debe abundar en los conceptos de los siguientes principios; de Jerarquía de las Fuentes, el de Supremacía de la Ley, el de Sujección a las Normas reconocidas, El Principio de la Autonomía Jurisdiccional y por último el Principio de Libertad de Interpretación.

VI.

El Artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia está impregnado de las ideas de los Doctrinarios más relevantes de la época en que se construyó, su antecesor el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional.

VII.

La Costumbre a nuestro entender, en Derecho Internacional es la Fuente más antigua y junto con los Tratados la de mayor importancia en este Orden. Por que a nuestro particular criterio la Costumbre Internacional no solo resulta de el uso constante o general de una práctica sino que es necesaria la convicción de que esta es obligatoria.

VIII.

Los Principios del Derecho Internacional, son dentro del ámbito internacional, las propias exigencias derivadas del desarrollo mismo de las Relaciones Internacionales, ya que estas han de contemporizarse constantemente.

IX.

No obstante las limitaciones que le impone el propio artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia y en el 59 de la misma Ley, la importancia de la Jurispru-

dencia es trascendental, pues es evidente que esta marca - con mayor exactitud el alcance y el contenido de los actos que sean llevados ante el Tribunal, para esclarecer y resolver por haber controversias en su aplicación.

X.

La Doctrina no solo tiene como función la de llevar-luz a aquellas controversias en la que no exista normas de derecho o costumbre que puedan resolver estas, ya que también es su función la de informar y establecer antecedentes para la elaboración de futuros tratados y mejorar las-prácticas del Derecho de Gentes.

XI.

Llegan a ser normas jurídicas las decisiones de la - Asamblea General de la O. N. U. en los casos en que los Estados efectúen actos posteriores (tratados) cuyo contenido emane de estas decisiones, y será esta repetición constante la que aunada a la convicción de que son de Derecho, - nos puede llevar a reconocerles Eficacia Jurídica.

XII.

El Estatuto de la Corte Internacional en su artículo 38 deja en carácter de concepto convencional a la equidad, pues sujeta su aplicación a los casos en que las partes - así hayan convenido su aplicación.

XIII.

La Democracia es aquel Régimen Jurídico Político en el que el pueblo establece su propia Legislación, y en don de el Derecho y el Estado son los medios que sirven a el - individuo y a la sociedad para su desarrollo, todo ésto en

virtud de que el pueblo es el Poder Constituyente ya que el mismo es quien fundamenta su propia organización jurídica política y decide la forma de lograr sus aspiraciones sociales, económicas y culturales.

XIV.

El denominar en distintas formas a el Tratado es ya común en el Orden Internacional, y es aceptado como una misma figura Jurídica, cuyo sentido y contenido son de la misma naturaleza y por lo tanto configuran una misma Institución del Orden Normativo Internacional, cuya finalidad y ámbito es el de regular relaciones entre Estados o entre Organismos Internacionales o entre los Estados y Organismos Internacionales.

XV.

Es indudable que el tratado al tener todo un contenido y señalar una serie de acuerdos, son notas que le dan el carácter de Fuente Formal Objetiva del Derecho Internacional ya que en su contenido encontramos en forma constante nuevos conceptos, cuya aceptación llegue a ser general en el ámbito del Derecho Internacional.

XVI.

La Democracia en su concepto de representación Indirecta la encontramos en la forma, como participan los países componentes de los Organismos de carácter Internacional, puesto que los delegados representantes de los miembros de cualquier organización internacional, tiene dos caracteres en virtud de la designación que le da el poder representativo de cada país.

XVII.

Los Organismos de carácter Internacional, con su tendencia a aceptar la representación de todos los países independientemente de su poder económico, la situación social o adelante cultural han de despertar los mismos una vocación decisiva total convirtiendo al Tratado en una Fuente Democrática del Derecho Internacional.

XVIII.

La vocación universalista y democrática debe prevalecer en la Organización de las Naciones Unidas, se ha de manifiestar plenamente, cuando en la misma se acepta la idea de admitir la representación directa y a que actualmente existe la opinión de que se llegue a participar en dichos organismos representantes no en función de Delegados de determinado país, sino en razón de su número de habitantes.

B I B L I O G R A F I A .

BRIERLY, J. L. La Ley de las Naciones; Introduc-
ción al Derecho Internacional de la
Paz. Traducción de Rafael Aguayo -
Spencer y José Bermudez de Castro.
Ed. Nacional. México, 1950.

CODIGO CIVIL Para el Distrito y Territorios Fede-
rales. Arts. 2741 y 2754.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DE -
LOS TRATADOS.

Periodo de Sesiones Primero y Se-
gundo; Viena, 26 de Marzo - 24 de -
Mayo de 1968 y de 9 de Abril 22 de
Mayo de 1969. Documentos de la Con-
ferencia Naciones Unidas. Nueva -
York, 1971.

CONSTITUCIONES EUROPENNES MIRXINE, GUETZUICH.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS. Ma-
yo de 1969.- Naciones Unidas. Asam-
blea General Conferencia de Las Na-
ciones Unidas sobre el Derecho de -
los Tratados. 1971.

CUSHMAN COYLE, DAVID. Las Naciones Unidas; Como Funcionan
Ed. Pax México. 1967.

ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA.

- FENWICK CHARLES, G. Derecho Internacional. Bibliografía OMEBA. Ed. Libreros. Buenos Aires.- Tercera Ed. 1963.
- FRIEDMANN, WOLFGANG. La Nueva Estructura del Derecho Internacional. Ed. F. Trillas, S.A. - México, D.F. 1957.
- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho. Décima Segunda Edición. Ed. Porrúa S.A. 1963.
- KELSEN, HANS. El Contrato y el Tratado. Traducción de Eduardo García Maynez. Imprenta Universitaria. México. 1943.
- KELSEN, HANS. Esencia y Valor de la Democracia. - Págs. 191 y siguientes.
- KELSEN, HANS. Principios del Derechos Internacional Público. Ed. El Ateneo. Buenos Aires. 1965.
- KELSEN, HANS. Problemas Escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Editorial Guillermo Kraftlis. Buenos Aires 1952.
- KOROVIN, Y. A. Derecho Internacional Público. Versión Española de Juan Villalba. Ed. Grijalbo, S.A. México, D.F. 1963.
- LANZ DURET, MIGUEL Derecho Constitucional Mexicano. México. 1947.

- LINCON, ABRAHAM. Oración de Getisburg, Penn. 19 de No
viembre de 1863.
- MENDEZ SILVA, RICARDO. Los Principios del Derecho de los
Tratados. Boletín Mexicano de Dere--
cho Comparado. Nueva Serie. año III,
No. 7. U. N. A. M.
- MORTON A. KAPLEN Y KATSENBACH, NICHOLAS DE B. Fundamentos
Políticos del Derechos Internacional
Ed. Limusa. Wiley, S.A. México, 1965.
- PASTOR RIDRUEJO, JOSE ANTONIO. La Jurisprudencia del Tri-
bunal Internacional de la Haya. (Sis
tematización y Comentarios). Ed. -
Rialp, S.A. 1962.
- PUIG PEÑA, FEDERICO. Las Fuentes del Derecho. Nueva Enci-
clopedia Jurídica. Tomo X. Ed. FRANCO-
SEIX. S.A. 1960. Barcelona.
- RABASA, EMILIO. El Juicio Constitucional Mexicano. -
México, 1919.
- RADBRUCH, GUSTAVO. Introducción a la Filosofía del Dere-
cho. Fondo de Cultura Económica. Mé-
xico 1955.
- RECASENS SICHES, LUIS. Vida Humana Sociedad y Derecho. Ed.
Porrúa, S.A. México, 1960.
- SCHMITT, CARL. Teoría de la Constitución. Ed. Revis
ta del Derecho Privado.
- SEPULVEDA, Cesar. Curso de Derecho Internacional Públi
co. Ed. Porrúa, S.A. México. 1960.

- SEPULVEDA, CESAR. Desarrollo y Movimiento del Derecho Internacional. Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XIV. Abril - - Junio 1969. No. 54 U. N. A. M.
- SIERRA J. MANUEL. Tratado de Derecho Internacional Público. Tercera Edición. 1959.
- SMITH JUAN CARLOS. Fuentes del Derecho. Enciclopedia Jurídica OMEGA Tomo XII. Ed. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1960.
- VERDROSS, ALFRED. Derecho Internacional Público. Traducción de Antonio Truyol y Serra. Ed. - Auilar. Madrid. 1957.

T E S I S C R U Z

Perú No. 132-3

México I, D.F.